

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MESTRADO, DOUTORADO E
PÓS-DOUTORADO – PPGD**

DOUTORADO

**FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* PÓSTUMA E SEUS EFEITOS NO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO**

FÁBIO ALBERTO DE LORENSI

ORIENTADOR: PROF. DR. ELIMAR SZANIAWSKI

CURITIBA, PR, 28 DE ABRIL DE 2016

FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* PÓSTUMA E SEUS EFEITOS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, na linha de Pesquisa Novos Paradigmas do Direito pela Universidade Federal do Paraná.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

Curitiba

2016

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, MESTRADO, DOUTORADO E
PÓS-DOUTORADO - PPGD**

A tese

**FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* PÓSTUMA E SEUS EFEITOS NO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO**

elaborada por

FÁBIO ALBERTO DE LORENSI

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Curso de Doutorado em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

DOUTOR EM DIREITO

Curitiba, PR, 28 de Abril de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Elimar Szaniawski (Titular)
Universidade Federal do Paraná
Orientador

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel (Titular)
Universidade Federal do Paraná
Membro da Banca

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná
Membro da Banca

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira (Titular)
UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá

Prof. Dr. Bruno Smolarek Dias
Unipar - Universidade Paranaense

À minha esposa Lucimary, meu eterno amor, fonte de inspiração e minha muralha em todos os momentos de minha vida.

Ao meu filho Lucas, minha alegria e motivo para meu crescimento como ser humano a cada dia.

Ao meu filho Felipe, que “veio ao mundo”, durante o caminho do Doutorado, e tornou-se a realização plena do que é ser pai, completou nossa família, cresceu, deu seus primeiros passos e está aprendendo a falar junto com esta pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela força interior nos momentos difíceis deste trabalho, por iluminar-me nas horas incertas, mostrar-me o caminho e suprir-me em todas as minhas necessidades.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Elimar Szaniawski, pela paciência, orientação, amizade pura e sincera, exemplo de professor, por prontamente atender minhas solicitações em todo e qualquer momento sempre com uma palavra amiga e aconselhadora.

À minha esposa Lucimary, pela compreensão, paciência e por cuidar de nossa família, nas situações em que estive ausente, em razão do presente estudo.

Aos meus familiares, minha mãe Teresinha, pelo carinho e afago. Ao meu pai, Olávio, meu amigo e companheiro, que não mediu esforços para assistir a mim e minha família, cuidando de seus netos e nora em minhas ausências. À Maria, minha “segunda mãe”, pelo auxílio imprescindível nos momentos de “apuro”.

A todos os professores do Doutorado pelo convívio e aprendizado, em especial ao Professor Dr. José Antônio Peres Gediel e ao Professor Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, os quais tornaram possível a realização do Dinter – UFPR/UNIOESTE.

A todos os colegas, pela amizade e companheirismo, especialmente às Professoras Andrea Regina de Moraes Benedetti e Marta Botti Capellari e ao Professor Elmer da Silva Marques, pelas inesquecíveis e agradáveis viagens de deslocamento para as aulas na cidade de Foz do Iguaçu e Curitiba.

À Itaipu Binacional, por meio, da Fundação Parque Tecnológico Itaipu – PTI, que viabilizou o Dinter – UFPR/UNIOESTE, proporcionando o presente doutorado.

RESUMO

A presente tese, dentro da área de concentração Direito das Relações Sociais, na linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito e sob orientação do Prof. Dr. Elimar Szaniawski, docente do Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, em face do tema proposto, analisa a questão da definição e conceituação da fertilização *in vitro*, sua tipologia e, ainda, seu histórico, seus efeitos *post mortem*, inclusive abordando referido tema dentro do Direito Comparado. Dentro do referido tema, estuda-se a concepção de família, seus princípios e características na atualidade, bem como a filiação, notadamente suas características e princípios que lhe são peculiares. Para o desenvolvimento da presente pesquisa investiga-se a questão dos direitos da personalidade e as teorias referentes ao início da personalidade humana. Investiga também a problemática da fertilização *in vitro post mortem*, a respeito dos direitos hereditário para os filhos concebidos por esse mecanismo, com a finalidade de se chegar ao ponto crucial, o qual visa responder se a fertilização *in vitro post mortem* pode acarretar consequências para o âmbito do direito previdenciário, mormente quanto à possibilidade ou não desse indivíduo concebido após a morte do genitor, segurado da Previdência Social, vir a ter direito à concessão do benefício de pensão por morte. Assim, será analisado o conceito, objetivos, estrutura organizacional, características e princípios da disciplina de Seguridade Social, uma vez que pelo que se sabe, não existe qualquer construção jurídica que visualize a possibilidade de filho oriundo de fertilização *in vitro post mortem* vir a ter direito à concessão de benefício de pensão por morte. Com essa orientação teórica, procura-se, por meio de interpretação doutrinária, contribuir para a discussão sobre o referido assunto no meio acadêmico bem como sobre a ausência de legislação e até mesmo julgados dos tribunais. Para análise do tema, optou-se por estudo com base nas disciplinas principalmente do Direito Civil, Constitucional, de Família, Sucessões, de Seguridade Social e, ainda, na área da Medicina, Bioética e do Biodireito.

Palavras-chave: Fertilização *in vitro post mortem*, família, filho, personalidade humana, direito sucessório, previdência social, pensão por morte.

ABSTRAT

This thesis, within the area of concentration Social Relations Law in the search line New Paradigms of law and under the guidance of Prof. Dr. Elimar Szaniawski, professor of Doctor of Law from the Federal University of Parana, to the proposed theme, analyzes the question of the definition and *in vitro* fertilization of concepts, typology and also its history, its effects post mortem, including addressing said topic in the Comparative Law. Within that theme, we study the concept of family, its principles and characteristics today, as well as the membership, particularly their characteristics and principles that are peculiar. For the development of this research investigates the question of personality rights and theories regarding the beginning of human personality. It also investigates the problem of IVF post mortem, concerning inheritance rights to children conceived by this mechanism, in order to reach the crucial point, which aims to respond to IVF post mortem may cause consequences for the under the social security law, particularly as to whether or not that individual conceived after the death of the parent, insured Social Security, come to have the right to grant the benefit of pension for death. Thus, it will be analyzed the concept, objectives, organizational structure, characteristics and principles of the Social Security discipline, as far as is known, there is no legal structure to visualize the son of possibility come from IVF post mortem likely to have entitlement to the benefit of pension for death. With this theoretical orientation, looking through doctrinal interpretation, contribute to the discussion on that subject in the academic world as well as the lack of legislation and even tried the courts. For discussion it was decided to study based on subjects mainly of Civil Law, Constitutional, Family, Probate, Social Security, and also in the field of Medicine, Bioethics and Biolaw.

Keywords: IVF post mortem, family, child, human personality, inheritance law, social security, death pension.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
Capítulo 1 - FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	13
1.1 - Esboço Histórico.....	13
1.2 - Conceito e Tipologia da Fertilização <i>invitro</i>	18
1.3 - Ordenamento Jurídico atinente à Espécie no Brasil.....	24
1.4 - Fertilização <i>in vitro</i> no Direito Comparado	36
Capítulo 2 - CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO POST MORTEM</i>	45
2.1 - Concepção de Família e suas Características na Atualidade.....	45
2.2 - Classificação da Família na Atualidade.....	55
2.3 - Filiação na Atualidade	68
2.4 - Planejamento Familiar e Fertilização <i>in vitro post mortem</i>	73
Capítulo 3 - PERSONALIDADE DO FILHO ORIUNDO POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO POST MORTEM</i>	80
3.1 - Noções de Embrião e de Nascituro	80
3.2 - Personalidade Humana e Direitos da Personalidade.....	85
3.3 - Teorias do Início da Personalidade Humana	96
3.4 - Teorias do Início da Personalidade e Fertilização <i>in vitro</i>	114
Capítulo 4 - DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO ORIUNDO POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO HOMÓLOGA POST MORTEM</i>	123
4.1 - Direito Sucessório	123
4.2 - Direito Sucessório no Ordenamento Brasileiro e suas Disposições Quanto aos Filhos Concebidos por Reprodução Humana Assistida.....	132
4.3 - Impossibilidade de Sucessão aos Filhos Oriundos por Fertilização <i>in vitro homóloga post mortem</i>	136
4.4 - Possibilidade de Sucessão aos Filhos Oriundos por Fertilização <i>in vitro homóloga post mortem</i>	142
Capítulo 5 - DIREITO DO FILHO ORIUNDO POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO POST MORTEM</i> À PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE.....	154
5.1 - Seguridade Social – Previdência Social – Linhas Gerais	154
5.2 -Princípios do Direito Aplicáveis à Seguridade Social e à Previdência Social	168
5.3 - Benefícios Previdenciários para Dependentes dos Segurados – Pensão Previdenciária por morte	175
5.4 - Direito do Filho Oriundo por Fertilização <i>in vitro homóloga post mortem</i> à Pensão Previdenciária por Morte.....	181
CONCLUSÃO.....	202
REFERÊNCIAS.....	216

INTRODUÇÃO

No ano de 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta, Louise Brown, a primeira criança concebida mediante fertilização *in vitro* e transferência de embrião. Desse tão festejado nascimento, concretizou-se a forma de concepção do ser humano fora do ventre materno, propiciando um extraordinário progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana¹.

Tal concepção fora do corpo da mulher suscitou inúmeras discussões científicas e jurídicas, sendo que assuntos polêmicos passaram a ter uma nova visão a partir desse marco histórico, entre eles o que diz respeito ao exato momento do início da vida², à personalidade do ser humano e sua caracterização como sujeito de direitos³ bem como a forma de utilização dos embriões criopreservados⁴.

¹ CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 24-25.

² Para maiores informações consultar: KOTTOW, Miguel. Bioética del Comienzo de la Vida: Cuántas veces comienza la vida humana? **Bioética**. v.9, nº 2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2001, p. 25-42;

³ Para maiores informações consultar: SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 151-178; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005; CORTIANO JR., Eroulths. **Direito da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Dissertação – Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Curitiba, 1993, 148 f.; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes Temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense, 2004; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: RT, 1995; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**. v. 8, nº 2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2000, p. 217-228; BEIGNER, Bernard. **Le droit de la personnalité**. Paris: Universitaires de France, 199; GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000; DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes. 1961; CORTIANO JR., Eroulths. **Direito da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Dissertação – Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Curitiba, 1993, 148f;

⁴ Para maiores informações consultar: SILVA, Michel Clei Farias. CAMPOS, Bruna Christiane Dantas. Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 69, 01/10/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605>. Acesso em 05/12/2011; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. In: **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Salvador, v. 86, 2007, p.102; SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente - o primado do direito à vida e de nascer. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Padma. v.8.83/107, 2001; KLEVENHUSEN, Renata Braga. RICCOBENE, Bianca. **Estatuto jurídico do embrião humano e pesquisa com células-tronco embrionárias humanas: aportes críticos aos votos proferidos no julgamento da ADI 3510**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2009/12/revista-ambito-juridico.html>>. Acesso em: 01/10/2009; LENTI, Leonardo. **La procreazione artificiale: Genoma della persona e attribuzione della paternita**. Padova: Cedam. 1993; LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial: um desafio bioético**. Buenos Aires: Depalma. 1995; LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. In: **Revista de Direito Civil**, ano 20, out.dez. 1996.

Convém registrar que o debate a respeito da fertilização *in vitro*, notadamente a póstuma, veio novamente à tona, no Brasil, quando Katia Lenerneier, em entrevista, declarou que em razão da morte de seu noivo por terem armazenado espermatozoides dele em vida (e que se encontravam criopreservados) pretendia uma autorização judicial para dar continuidade ao projeto parental do casal⁵, que, aliás, acabou ocorrendo, ainda no ano de 2009, ao obter decisão inédita da Justiça paranaense que a autorizou a fazer uma inseminação artificial com o sêmen do marido e, por essa razão, em 21 de Junho de 2011, nasceu sua filha de nome Luiza Roberta⁶.

Saliente-se, contudo, que, no Brasil, o primeiro caso de nascimento de *fertilização in vitro post mortem*, ocorreu há aproximadamente quinze anos atrás, fato divulgado em rede nacional, uma vez que uma menina chamada Camila fora gerada três meses após a morte do pai. O caso de Camila não teve tanta repercussão como o caso paranaense, pois não houve necessidade de se ingressar na justiça para que ocorresse a fertilização *in vitro post mortem*⁷.

Situação parecida também ocorrera na França, no ano de 1984: Alain Parpalaix ainda namorava Corine Richard quando descobriu estar com câncer nos testículos e antes de se tratar do câncer, por pretender ter um filho com sua namorada, depositou, num banco de sêmen, seu material genético para usá-lo posteriormente ao tratamento. Contudo, após casar-se com Corine, veio a falecer, e, como a viúva pretendia dar continuidade ao projeto do casal, procurou o banco que armazenou o material genético de seu falecido marido.

O referido banco genético negou a entrega do sêmen por ausência de autorização do falecido Alain, ingressando, então, Corine Richard com ação judicial para ter a posse do material genético de seu falecido marido e por via de consequência, cumprir a vontade do casal, que era ter um filho. Depois de longa discussão judicial, o Tribunal de Créteil condenou o banco de sêmen a entregar o material para um médico designado pela viúva.

⁵ TJPR – autos nº 0027862-73.2010.8.16.0001. Disponível em: <http://www.assejepar.com.br/cgi-bin/det_processo_direto.asp?processo=66732&cbo_comarca=001&cbo_cartorio=13&txt_pesquisa=Katia%20Lenerneier&cbo_pesquisa=6&rdo_tipo_pesquisa=2&direto=S>. Acesso em: 10/12/2011.

⁶ Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/06/nasce-primeiro-bebe-brasileiro-gerado-com-semen-de-pai-morto-3360930.html>>. Acesso em: 10/12/2011.

⁷ COELHO, Mônica Gomes, ANDRADE, Lídio Brendo Ramos, C. de. **Inseminação artificial na chegada de um novo ser**. Disponível em: <<http://moniquitanet.blogspot.com.br/2012/04/inseminacao-artificial-na-chegada-de-um.html>>. Acesso em: 26/01/2015.

Porém, tal entrega fora um pouco tarde, pois, pela morosidade da ação os espermatozoides não estavam mais próprios para a fecundação e a inseminação artificial não foi realizada⁸.

Portanto, em decorrência da temática em pauta e, ainda, em face das constantes polêmicas criadas nos últimos anos em torno da fertilização *in vitro* e da utilização de embriões criopreservados que, em tese, poderão ser usados após a morte de um dos membros do projeto parental, a inexistência de legislação específica e completa a respeito do assunto serviram de motivação para desenvolver o tema abordado nesta tese.

A utilização dos embriões criopreservados, após a morte de um dos genitores do projeto parental, acaba por gerar grandes discussões, trazendo tal utilização vários efeitos na seara do direito, podendo ser citados os relacionados à preservação, à utilização e ao descarte dos referidos embriões criopreservados⁹; e, ainda, aos direitos hereditários¹⁰, razão pela qual se pretende ao se elaborar esta tese, estender tal estudo para o direito da Seguridade Social e para a Previdência Social, quanto a possibilidade de concessão de benefício previdenciário de pensão por morte ao filho concebido *post mortem* do seu genitor, segurado do Instituto Nacional de Seguro Social.

Pretende-se contribuir para o trabalho de profissionais do direito bem como para filósofos, sociólogos, assistentes sociais e até mesmo para os usuários e servidores da Previdência Social, no que tange à evolução histórica e social do fenômeno que é a fertilização *in vitro*, notadamente no caso *post mortem*.

Finalmente, espera-se que a investigação venha favorecer os interessados em alguns aspectos, da ciência do direito, precipuamente quanto à busca incessante do Direito em dar guarida diuturnamente para todos os fatos vivenciados pelo ser humano, oportunizando melhor visão dos rumos que está tomando o direito brasileiro bem como seus novos desafios, ainda mais no caso em tela, em que há

⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 10/05/2012.

⁹ Vide Artigo de SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Padma. v.8. p. 83/107. 2001;

¹⁰ Vide obras de LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24; e **Procriações Artificiais e o Direito**, São Paulo, RT, 1995, p. 385; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.79; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, **Comentários aso Código Civil**, Coordenador: Antônio Junqueira Azevedo, São Paulo: Saraiva, v. 20, 2003.

multidisciplinaridade, seja em razão da bioética, do biodireito, da medicina, do direito constitucional, do direito civil, do direito previdenciário e demais fatores sociais aplicados ao presente assunto.

Do ponto de vista metodológico, desenvolve-se uma pesquisa doutrinária alicerçada no direito nacional e internacional, na filosofia, na sociologia, no biodireito, na medicina, no Direito segundo o modelo crítico-dialético, partindo-se do pressuposto de que a questão da fertilização *in vitro* está vinculada à evolução da sociedade que, por meio de todo sistema jurídico, social, econômico, político, religioso e cultural tende a, cada vez mais, criar discussões, dentro, principalmente, do modelo de Estado Democrático de Direito.

No desenvolvimento da investigação, a ênfase recai em fontes de natureza doutrinária, com destaque para a medicina, bioética, direito civil, direito constitucional direito de família, direito das sucessões, direito de seguridade social, sociologia etc, cujas ciências são evocadas em, praticamente, todos os capítulos desta tese.

A pesquisa está estruturada em cinco capítulos.

Assim, no primeiro capítulo desta pesquisa, pretende-se buscar conceitos, definições e classificações da fertilização *in vitro*, seus métodos e formas de utilização, a fim de perceber quais as modalidades cabíveis para o presente estudo.

No primeiro capítulo também se busca verificar a diferenciação quanto ao meio natural de concepção, utilizando-se de uma visão geral histórica e científica a respeito do assunto¹¹. Por fim, tratará de observar se existem ordenamentos jurídicos a respeito da fertilização *in vitro* bem como verificar, no Direito Comparado, se é ou não permitida a sua utilização.

No segundo capítulo, tratar-se-á das concepções de família e de filiação, suas características, modalidades e os princípios que as norteiam. O planejamento familiar sob a ótica da fertilização *in vitro post mortem* será o tema abordado juntamente com os desdobramento jurídicos, éticos, sociais, filosóficos e psicológicos que decorrem de tal acontecimento para o núcleo familiar e para os filhos oriundos de referida técnica de reprodução humana assistida.

¹¹ Sobre o tema consultar: CORLETA, Helena von Eye, KALIL, Heloísa Sarmiento Barata. **Fertilização *in vitro***. Disponível em: <www.abcdasaude.com.br/artigo.php?199>, data publicação: 01/11/2001, revisão: 05/01/2010; FERREIRA, Fernando Prado. **Fertilização *in vitro***. Disponível em: <<http://www.bebedeproveta.net/fiv.htm>>, data última revisão: 04/2009; SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. v. 1. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

Num terceiro momento desta investigação, pretende-se analisar as teorias relativas ao termo inicial da personalidade do ser humano para, então, construir fundamentos doutrinários para sustentar o foco principal, ou seja, os efeitos jurídicos da fertilização *in vitro* póstuma quanto ao benefício previdenciário de pensão por morte.

Na sequência, será abordada também a problematização que ocorre a respeito dos direitos hereditários dos filhos concebidos *post mortem* de um de seus pais, uma vez que a referida construção hermenêutica servirá como paradigma para parte final desta tese.

Por fim, no capítulo V, o ponto “central” desta tese que consiste em verificar se a fertilização *in vitro*, notadamente o uso dos embriões criopreservados ou do material genético individualmente armazenado, após a morte de um de seus doadores, pode trazer consequências para o âmbito do Direito Previdenciário, mormente quanto à possibilidade ou não do indivíduo concebido, após a morte do genitor/segurado da Previdência Social vir a ter direitos previdenciários na qualidade de seu dependente e, nesse sentido, será necessário estudar a disciplina jurídica de Seguridade Social, seus princípios específicos, espécies de segurados e dependentes bem como a forma de custeio e de concessão de benefícios, uma vez que, pelo que se sabe, não existe, até o presente momento, qualquer estudo jurídico a respeito de segurado que faleceu e, depois de sua morte, tivesse vindo a ter um filho resultado de fertilização *in vitro* póstuma e, muito menos, qualquer legislação específica e qualquer julgado nos tribunais pátrios a respeito da possibilidade ou não deste filho, concebido após a morte do pai segurado do INSS, venha a ter direito a pensão previdenciária por morte.

CAPITULO I

FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

1.1 – Esboço Histórico

Antes de ingressar na conceituação da fertilização *in vitro*, oportuno é apresentar um breve histórico das técnicas de reprodução assistida enfatizando que, no ano de 1494, foi tentada, pela primeira vez, a prática de inseminação artificial em seres humanos. Segundo dados históricos da medicina, a primeira paciente teria sido a segunda esposa de Henrique IV, a Rainha D. Joana, de Portugal. Entretanto, a primeira experiência científica foi atribuída ao cirurgião inglês Juan Hunter que, em 1799, teria inseminado artificial e exitosamente, com o sêmen do marido, a esposa de um lorde. Em 1838, um professor francês chamado Girault, teria obtido resultado positivo em oito mulheres, tendo uma delas tido gêmeos¹².

No que toca ao desenvolvimento da técnica de fertilização *in vitro*, há informações de que teria ocorrido inicialmente, através de experimentos com animais, no ano de 1878, quando Schenk teria feito uma tentativa frustrada, assim ocorreu, no ano de 1890, com Heape e Buckley, os quais não obtiveram êxito em suas tentativas¹³.

Registre-se ainda que fora proposta, em 1886, pelo cientista Mantegazza, a criação de um banco de sêmen congelado. Em 1889, nos Estados Unidos, o cientista Dickinson teria conseguido realizar uma inseminação artificial com sêmen de doador¹⁴.

A primeira tentativa humana de fertilização *in vitro* ocorreu no ano de 1944, quando os biólogos Rock e Menkin conseguiram obter quatro embriões a partir de mais de cem óvulos humanos extraídos de ovários e colocados na presença de espermatozóides¹⁵.

¹² BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação**: em face da inseminação artificial e da fertilização "*in vitro*". Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 33.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 43.

¹⁴ BOLZAN, Alejandro. **Reprodução assistida e dignidade humana**. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 33-37.

¹⁵ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. 1 ed., 7 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p.39.

A partir de 1947, Chang teve êxito ao transferir um ovo fertilizado que se encontrava congelado entre 5º e 10º graus. Smith, no ano de 1953, teve sucesso, ao congelar embriões em fase de pré-implantação, demonstrando que era possível o congelamento de embriões e seu posterior desenvolvimento. Em 1961, um italiano, Daniel Petrucci, e seus colaboradores obtiveram a fecundação de um óvulo humano, o qual permaneceu com vida durante 29 dias. Registre-se, que esse mesmo italiano, realizou mais de 40 tentativas de fertilização *in vitro*, as quais foram, no entanto, inexitosas¹⁶.

Em 1969, o médico R.G. Edwards realizou um procedimento no melhor momento de maturação das células germinais humanas, a fim de obter embriões e tornar a fertilização *in vitro* um procedimento mais seguro e correto. Nessa época vários procedimentos foram desenvolvidos para que se obtivessem embriões humanos capazes de serem utilizados com sucesso na fertilização *in vitro*, tanto que de 1970 em diante, vários cientistas dedicaram-se à fertilização humana *in vitro*, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Suécia e na Austrália, principalmente¹⁷.

Em 1971, o médico R. G. Edwards e outros pesquisadores ingleses, tais como Steptoe, Taylor e Collins, passaram a desenvolver um tratamento hormonal em suas pacientes a fim de obterem um número maior de óvulos, o que criava, conseqüentemente, mais possibilidade de êxito na *fertilização in vitro*¹⁸. Ainda no ano de 1971, o cientista Mastroiani conseguiu fazer um estudo sobre um óvulo por meio da filmagem deste. Enquanto isso, na Universidade de Toho, o professor Hayashi exibiu um filme em que mostrava todo o processo de reprodução humana, intitulado “*Começo de vida*”¹⁹.

Importa ressaltar que, no ano de 1978, em data de 05 de julho, ao nascer o primeiro bebê de proveta, a inglesa Louise Joy Brown, na cidade de Oldham, na Inglaterra, sob os cuidados da equipe médica dos Drs. Edwards e Steptoe, dá-se o início da segunda fase da fertilização *in vitro*. Passou, então, a ser possível repetir, de forma sistemática, todo o procedimento desencadeando, em várias partes do mundo, principalmente na Austrália, França, Inglaterra e Estados Unidos, o uso de

¹⁶ MORI, Maurizio. **La fecondazione artificiale**: questioni morali nell’esperienza giurídica. Milano: Giuffré, 1988, p. 37.

¹⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação**: em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 34.

¹⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. 1 ed., 7 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p.39.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 19.

uma técnica em humanos, a qual até então somente era utilizada com animais²⁰.

Deve ser mencionado igualmente que, na Universidade de Calcutá, na Índia, no mesmo ano de 1978, nasceu, resultante de procedimento realizado pelo Dr. Saroj Kanti Bhattacharya, o segundo bebê de proveta e, no dia 14 de janeiro de 1979, nasceu o terceiro bebê de proveta, na cidade de Edimbourg na Escócia, fruto também do trabalho dos doutores Edwards e Steptoe²¹.

Após o feito do Dr. Edwards, no ano de 1978, seus ensinamentos espalharam-se para vários países, existindo, no ano de 1980, na Austrália, com registro de 13 casos de gravidez por fertilização *in vitro*, de um total de 103 pacientes. Na França, entre os anos de 1986 e 1988, em torno de 4.000 (quatro mil) mulheres engravidaram por meio de fertilização *in vitro*²².

Em conformidade com registros nacionais existentes de cada país, no ano de 1988, estimava-se que o número de procriações *in vitro* anuais, na Austrália, era de 7.930 (sete mil novecentos e trinta); na França, 12.972 (doze mil novecentos e setenta e dois) casos; nos Estados Unidos, 13.647 (treze mil seiscentos e quarenta e sete) e, no Reino Unido, 8.514 (oito mil quinhentos e quatorze) casos. A França, juntamente com Israel e a Austrália, detinham, até os últimos relatórios divulgados, o recorde mundial de fecundações *in vitro* se relacionadas ao número de habitantes²³.

No Brasil, o primeiro manifesto público de bebê a nascer oriundo da fertilização *in vitro* foi a criança Anna Paula Caldeira, em 07 de Outubro de 1984, após a 23ª tentativa da equipe médica coordenada pelo Dr. Milton Nakamura²⁴. Contudo, segundo relato publicado, na revista “Arquivos Médicos”, de nº 23, de dezembro de 1985, da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, já havia nascido outra menina, quatro meses antes que Anna Paula Caldeira, por meio de procedimento de fertilização *in vitro* realizado pelo Dr. Nilton Donadio, diretor do centro biológico de reprodução humana do estabelecimento hospitalar acima citado²⁵.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 20.

²¹ Idem, ibidem.

²² CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 25.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 163.

²⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação**: em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 35.

²⁵ KRITSCH, Rebeca. Santa Casa afirma que fertilizou o primeiro bebê *in vitro*. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 30/04/1991, p. 11.

Saliente-se, outrossim, que a equipe médica coordenada pelo Dr. Nilson Donadio, no ano de 1984, apresentou, no XI Congresso Brasileiro de Reprodução Humana em São Paulo, um relatório de 50 casos de reprodução humana por fertilização *in vitro*, preservando a identidade dos pais, pois, aguardava-se a evolução das crianças para evitar prejuízo de tal técnica em todo o Brasil, caso surgissem problemas nas crianças relacionados à referida técnica²⁶.

No Brasil, destacaram-se, na década de 80, equipes importantes nesse campo, como a do professor Milton Nakamura e do professor Nilson Donadio, acima citados; a do professor Karam Abou Saab, cuja sede era em Curitiba; a do professor Elsimar Coutinho, em Salvador, e a equipe do professor Arnaldo Ferrari, que se localizava em Porto Alegre²⁷.

É oportuno mencionar que, entre o final do ano de 1990 e início do ano de 1991, um grupo de 25 casais participaram do programa de fertilização *in vitro* mantido pela Maternidade Sinhá Junqueira, sendo os resultados obtidos semelhantes aos executados nos melhores centros internacionais de fertilização *in vitro*²⁸.

No ano de 2007, existiam 117 clínicas no Brasil (segundo dados da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida) as quais se utilizavam de técnicas e meios, inclusive de equipamentos e medicamentos fornecidos por laboratórios estrangeiros, pois não existiam, no Brasil, locais de ensino de reprodução assistida, nem material e instrumentos aqui fabricados para tal utilização²⁹.

Quanto ao histórico da fertilização *in vitro post mortem*, conforme consta na parte introdutória desta tese, o primeiro caso foi na França, no ano de 1984, quando o casal Corine Richard e Alain Parpalaix resolveram congelar os espermatozoides de Alain por sugestão médica, dado o fato de que ele descobrira estar com câncer nos testículos e, antes de se tratar do câncer, depositou seu material genético num banco de sêmen, para usá-lo posteriormente ao tratamento. Contudo, após casar-se com Corine, veio a falecer e, como a viúva pretendia dar continuidade ao projeto do casal, ela procurou o banco que armazenou o material

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 43.

²⁷ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação**: em face da inseminação artificial e da fertilização "*in vitro*". Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 35.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 43.

²⁹ ALLEBRANDT, Débora; MACEDO, Júlia Lopes de. **Fabricando a vida**: implicações éticas culturais e sociais do uso de novas tecnologias reprodutivas. Porto Alegre: Metrópole, 2007, p.128.

genético de seu falecido marido³⁰.

Entretanto, referido banco genético negou a entrega do sêmen, por ausência de autorização do falecido Alain. Corine Richard ingressou então com ação judicial para ter a posse do material genético de seu falecido marido e, por via de consequência, cumprir a vontade do casal, que era a de ter um filho. Depois de longa discussão judicial, o Tribunal de Créteil condenou o banco de sêmen a entregar o material para o médico designado pela viúva. Porém, pela morosidade da ação, os espermatozoides não eram mais próprios para a fecundação e a inseminação artificial não foi realizada³¹.

A Itália também viveu caso semelhante de *fertilização in vitro post mortem*, porém, na modalidade *heteróloga*, dado o fato de que uma viúva italiana, utilizou-se da fertilização *in vitro* com o sêmen de seu falecido marido por meio de um óvulo de uma doadora, da qual nasceu um bebê que, pela lei italiana, não fora reconhecido como filho biológico dela, uma vez que, como se disse, a *fertilização in vitro post mortem* naquele país não é reconhecida³².

Embora se relate o caso da Professora Kátia Lernerneier e o nascimento de sua filha Luiza Roberta, como o primeiro caso de nascimento por fertilização *in vitro post mortem*, em 21 de Junho de 2011, convém considerar o fato de que obteve, ainda no ano de 2009, uma decisão inédita da Justiça, que a autorizou a fazer inseminação artificial com o sêmen do marido³³. Deve se registrar, porém, que já havia ocorrido fato semelhante, há aproximadamente quinze anos, uma vez que uma menina chamada Camila fora gerada três meses após a morte do pai. Sua mãe, Mônica Noronha, assim justificou à época:

Faltavam 29 dias para gente casar quando ele teve o diagnóstico de uma doença séria, grave, diagnóstico de leucemia e a gente veio a casar no hospital depois. Eu só pensei 'eu amo esse cara que morreu e vou ter um filho'. E vou arcar com as consequências de ser uma mãe sem o pai³⁴.

³⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 10/05/2012.

³¹ Idem.

³² CASAGRANDE, Eunice Dias. **Reprodução assistida: aspectos jurídicos**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-set-30/aspectos_juridicos>. Acesso em: 07/04/20015.

³³ Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/06/nasce-primeiro-bebe-brasileiro-gerado-com-semen-de-pai-morto-3360930.html>>. Acesso em: 10/12/2011.

³⁴ COELHO, Mônica Gomes, ANDRADE, Lídio Brendo Ramos, C. de. **Inseminação artificial na chegada de um novo ser**. Disponível em: <<http://moniquitanet.blogspot.com.br/2012/04/inseminacao-artificial-na-chegada-de-um.html>>. Acesso em: 26/01/2015.

Oportuno esclarecer que o caso da menina Camila não teve tanta repercussão como o caso paranaense, devido ao fato de que não houve necessidade de ingressar na justiça para que ocorresse a fertilização *in vitro post mortem*. Nesse sentido, vale citar, o dito pela Sra. Mônica Noronha à época:

A minha família apoiava a decisão de eu ter um filho sozinho. A família dele apoiava e queria ter um neto. Eu procurei o médico e ele consultou a Sociedade Brasileira de Medicina, disse que não havia nenhum problema em fazer a inseminação porque todas as partes envolvidas aceitavam. E ele fez a inseminação. Não passou nem pela Justiça³⁵.

Percebe-se, pelo histórico apresentado, que o ser humano incansavelmente sempre tentou, como conseguiu de fato superar alguns obstáculos para a fertilidade humana, tudo com o intuito de gerar vida, constituir sua descendência. Evidentemente, tal sucesso somente ocorreu após vários anos de estudos e após várias tentativas frustradas. Contudo, tais procedimentos são hoje uma realidade suscitando inúmeros questionamentos na esfera jurídica, moral, ética e até mesmo religiosa, razão pela qual o direito deve regulamentá-los na medida do possível.

1.2 – Conceito e Tipologia da Fertilização *in vitro*

Fertilização ou fecundação é o processo mediante o qual um gameta masculino (espermatozóide) perfura as membranas lipoprotéicas do gameta feminino (óvulo) e combina-se com este, formando uma célula diplóide, o zigoto (com dupla carga genética) que, em poucas horas, inicia seu processo de divisão celular, o que já configura o desenvolvimento do embrião³⁶.

A fertilização *in vitro* é a técnica de reprodução assistida que consiste na retirada de um ou vários óvulos da mulher com o intuito de juntar em laboratório esse(s) óvulo(s) com um espermatozóide, os quais, em período posterior a referida junção, formam o embrião, que deve ser transferido para o útero ou para as trompas de Falópio da mulher³⁷.

³⁵ Disponível em: <<https://lucianaleis.wordpress.com/2011/06/27/nasce-em-curitiba-a-menina-luiza-roberta-fruto-de-um-procedimento-de-reproducao-assistida-post-mortem/>>. Acesso em: 26/01/2015.

³⁶ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. v. 1. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 421.

³⁷ CORLETA, Helena von Eye, KALIL, Heloísa Sarmiento Barata. **Fertilização *in vitro***. Disponível em: <www.abcdasaude.com.br/artigo.php?199>, data publicação: 01/11/2001. Acesso em 17/05/2010.

A RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) de nº 33, de 17/02/2006, da Anvisa, conceituou de forma restrita a fertilização *in vitro* convencional no item 4.3, letra “g”, “*como técnica de reprodução humana assistida em que a fertilização do óócito pelo espermatozóide ocorre, de maneira espontânea, em laboratório*”³⁸.

SAMBRIZZI conceitua fecundação *in vitro* da seguinte forma:

Es una técnica que sirve para fecundar el óvulo de la mujer en el laboratorio. El óvulo y el espermatozoide se unen en un tubo de ensayo. Después, este óvulo fecundado, llamado célula, huevo o cigoto, es implantado en el útero de la mujer para continuar la gestación. También existe la inseminación artificial, que consiste en transferir el espermatozoide al cuerpo de la mujer con la finalidad de fecundar un óvulo de ésta³⁹.

MADALENO explica que “*a fertilização in vitro é extracorpórea e de acordo com essa técnica a fecundação do óvulo pelo espermatozoide não é feita no organismo materno, mas em uma ‘cápsula de Petri*”⁴⁰”.

A fertilização *in vitro*, como método de concepção artificial, deve ser relatada quanto a sua diferenciação da concepção natural, a princípio, como a junção do espermatozóide com o óvulo da mulher fora do ventre materno, ou seja, tal junção dá-se em laboratório enquanto a concepção natural, como já dito, ocorre dentro do corpo da mulher. Veja-se a respeito:

A gênese da vida humana, no processo natural, provém da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, na trompa de Falópio. Em seguida, ocorre o fenômeno da nidação, com o deslocamento do óvulo fecundado, ou zigoto, rumo ao útero para fixar-se no endométrio. Nos primeiros estágios de desenvolvimento até o fim da morfogenia geral tem-se a figura do embrião, após, num período variável entre oito a doze semanas, surge o feto. Então, compreende-se na definição de nascituro o ser humano concebido e em evolução no ventre materno, nas fases ovular, embrionária e fetal⁴¹.

SANTOS e NUNES conceituam fertilização *in vitro* como uma técnica, consoante a qual o material coletado do casal, tanto os óvulos quanto os

³⁸ Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 26/01/2015.

³⁹ SAMBRIZZI, Eduardo A. **La filiación en la procreación asistida**. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L. p. 75

⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

⁴¹ ANDRADE, Wesley Souza de. **A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano**. 2009. Arapiraca, Alagoas, Brasil. Disponível em: <<http://advocaciawsa.blogspot.com/search?updated-min=2009-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&updated-max=2010-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&max-results=6>>. Acesso em: 18/05/2010.

espermatozoides são fecundados na proveta e, depois, colocados no útero materno⁴².

Para Testart, a fertilização *in vitro* consiste no encontro do óvulo com os espermatozoides fora do corpo da mulher e, depois de um a três dias, em colocar, no útero dessa mesma mulher, o embrião obtido para que ele possa ali se desenvolver⁴³.

Portanto, pode-se concluir que a fertilização *in vitro* constitui uma técnica laboratorial que permite que os espermatozoides fecundem óvulos fora do corpo da mulher, ou seja, sem que ocorra uma relação sexual, ou, ainda, sem que ocorra o contato do espermatozoide com o óvulo dentro do corpo da mulher.

Para a utilização da fertilização *in vitro*, como se disse alhures, faz-se necessária a utilização de um procedimento laboratorial em que se mantêm óvulos e espermatozoides em uma placa de Petri como meio de cultivo (líquido que simula o fluído tubário) e sob o controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outros. O referido procedimento encontra-se disponibilizado por meio da RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) de n. 33, de 17/02/2006 da Anvisa⁴⁴.

Saliente-se que esse procedimento utilizado para realização da fertilização *in vitro* compreende várias fases: num primeiro momento, tem que ocorrer a estimulação ovariana; depois, a aspiração folicular; em uma terceira etapa, a fecundação; seguida de uma quarta etapa, que é a transferência embrionária, ocorrendo, por último, o congelamento dos embriões excedentes⁴⁵.

Por oportuno, deve ser salientado que a fertilização *in vitro* tem indicação para mulheres com problemas de fertilidade, para as que tenham a função das tubas uterinas irreversivelmente prejudicadas, as que sofrem de endometriose, distúrbios ovulatórios e demais infertilidades sem causa aparente⁴⁶.

Existe possibilidade de se classificarem os tipos de fertilização *in vitro*. Na presente pesquisa, será abordado apenas um dos principais tipos, ou seja, a

⁴² SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007, p. 258.

⁴³ TESTART, Jacques. **O ovo transparente**. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: USP, 1995, p.103.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 26/01/2015.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

fecundação *in vitro* denominada de *homóloga*, feita com o óvulo e o espermatozóide provenientes do próprio casal de quem o embrião será filho⁴⁷.

MACHADO, ao tratar do tema, afirma que:

Se a introdução do sêmen é feita na futura mãe pode-se distinguir a inseminação em *homóloga* ou *heteróloga*. A inseminação é *homóloga* se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre a inseminação *heteróloga*⁴⁸.

Fertilização *in vitro homóloga* é aquela por meio do qual a criança nascida resulta da fecundação *in vitro* com os gametas do casal e transferidos para o útero materno⁴⁹.

Por fertilização *in vitro heteróloga* entende-se aquela em que o sêmen utilizado é de terceiro e não do cônjuge ou companheiro da mulher fertilizada. Nesse sentido, afirma Machado:

O cônjuge ou companheiro que não produzir espermatozoides, ou produzi-los em número inferior ao necessário para que ocorra a fertilização poderá resolver o seu problema de infertilidade, utilizando-se de espermatozóides de doadores, através dos bancos de sêmen. Neste caso, tem-se uma inseminação artificial *heteróloga*⁵⁰.

LEITE explica que fertilização *in vitro heteróloga* consiste em duas situações: uma, na qual a criança nascida, após a fertilização *in vitro*, resulta do esperma do marido e de um óvulo doado e implantado no útero da mulher; e outra situação, em que a criança nascida resulta de um óvulo doado ao casal e de um espermatozóide doado também, formando um embrião implantado no útero da mulher⁵¹.

NALINI demonstra que a fertilização *in vitro* pode ser ainda mais complexa, uma vez que pode ter várias facetas devido às suas inúmeras situações possíveis. Veja-se, o exemplo citado:

⁴⁷ KLEVENHUSEN, Renata Braga. RICCOBENE, Bianca. **Estatuto jurídico do embrião humano e pesquisa com células-tronco embrionárias humanas**: aportes críticos aos votos proferidos no julgamento da ADI 3510. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2009/12/revista-ambito-juridico.html>>. 01/10/2009. Acesso em: 17/05/2010.

⁴⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 34.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 392.

⁵⁰ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 33.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 395.

Filho do óvulo e sêmen do casal sob tratamento, gestado pela própria mulher; filho do óvulo da mulher do casal, gestado por ela, e de sêmen de doador; filho de gametas do casal, mas gestado por uma segunda mulher; filho de óvulo da mulher do casal, esperma de um doador e gestado por outra mulher; filho de óvulo doado, sêmen do companheiro e gestado pela mulher do casal; filho de óvulo doado, sêmen do companheiro e gestado por uma terceira mulher; filho de óvulo doado pela gestante e sêmen do varão do casal; filho de óvulo e sêmen de doadores, gestado pela mulher do casal⁵².

CAMARGO relata que existe uma classificação da fertilização *in vitro* chamada de mista, cujo procedimento é realizado com sêmen proveniente de vários homens, incluindo o do marido ou companheiro da mulher bem como de óvulos desta e de distintas mulheres. Relata, ainda, Camargo que esta modalidade de fertilização tem como escopo causar um efeito psicológico intencional no casal, dado o fato de que a mistura de material genético para a realização da fertilização causa maior confiança de que são efetivamente os pais biológicos da criança⁵³.

Importante relatar também que, diferentemente da fertilização *in vitro* *homóloga*, a *heteróloga* ou a mista gera vários problemas jurídicos, tais como a questão da possibilidade de a pessoa concebida mediante aplicação dessa técnica vir a buscar sua origem genética, invalidando, assim, alguns princípios da medicina, quanto ao anonimato do doador de gametas ou, ainda, a discussão da própria maternidade, porque abre a possibilidade de discussão se mãe é aquela que doa o óvulo ou aquela que dá a luz à criança, razão pela qual, embora bastante instigante o tema, as modalidades *heteróloga* e mista de fertilização *in vitro* não serão objeto do presente estudo, ficando, aqui, meramente tal registro.

Deve ser esclarecido que fertilização *in vitro* é diferente de inseminação artificial, basicamente pelo local onde ocorre a fecundação, uma vez que, na fertilização, como se disse alhures, o encontro dos gametas dá-se em laboratório, enquanto que o encontro dos gametas na inseminação ocorre no interior do organismo⁵⁴.

⁵² NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 116.

⁵³ CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003. p. 31.

⁵⁴ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 47-48.

A fertilização *in vitro post mortem* também deve ser conceituada, uma vez que é tema fulcral do presente estudo, sendo, nos dizeres de Jiménez, Badillo e Parra, conceituada da seguinte forma:

La fecundación post mortem consistiría en la utilización de material reproductivo de un hombre después de su muerte para proceder a la fecundación de su viuda. La fecundación post mortem se refiere pues, al hecho de que la mujer, viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen de algún varón que, en el momento de realizarse la fecundación, se encontrara ya fallecido⁵⁵.

MONTEIRO e PINTO asseveram que a fertilização *in vitro post mortem*, na modalidade *homóloga*, é a utilização, após a morte do marido, do embrião ou do sêmen conservado por meio de técnicas especiais⁵⁶.

Saliente-se que *post mortem* é uma expressão latina que significa “depois da morte”, assim, a inseminação *post mortem* é aquela realizada, depois da morte de um dos doadores de material genético⁵⁷.

PISETTA, ao conceituar a fertilização *in vitro post mortem*, relata que se trata da utilização de espermatozóides criopreservados e coletados previamente à morte do homem⁵⁸.

Bastante oportuna a visão de Camargo a respeito das possibilidades da fertilização *in vitro post mortem* porque mais comumente ocorre com o falecimento do pai. Todavia, Camargo aduz ser possível a utilização de referida técnica quando a falecida é a mãe biológica, desde que tenha deixado óvulos congelados; pode ocorrer até mesmo a fertilização *in vitro post mortem* quando ambos tenham falecido e deixado o embrião criopreservado, o qual será implantado no útero de uma mulher para a gestação e o nascimento⁵⁹.

⁵⁵ JIMÉNEZ. Diego Fernando Casas; BADILLO, Luis Alberto Díaz; PARRA, Edwin Francisco Mantilla. **Análisis a partir del derecho comparado –normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina- de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en colombia**. Corte Interamericana de Derechos. 12 de Septiembre de 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30819.pdf>>. Acesso em: 27/01/2015.

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2007, p. 307.

⁵⁷ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007, p. 270-271.

⁵⁸ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 48.

⁵⁹ CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 132-133.

1.3 Ordenamento Jurídico atinente à Espécie no Brasil

No Brasil, foram elaborados vários projetos de lei para tentar legislar a respeito das técnicas de reprodução assistida. Entre eles, podem ser citados o PL nº 3.638/93, o PL nº 2.855/97; o PL nº 90/99; o PL nº 54/02, todos sem aprovação até o presente momento, razão pela qual, até agora, não existe, no Brasil, qualquer legislação que ampare e regule a reprodução humana assistida artificialmente.

O Projeto de Lei nº 3.638/1993, de autoria do deputado Luiz Moreira, cujo relator Fernando Coruja teve como escopo instituir normas para a utilização de técnica de reprodução assistida, limitando à mulher exclusivamente bem como tinha o objetivo de limitar a referida técnica para que apenas fossem transferidos quatro oócitos e embriões pré-implantacionais, número ideal para evitar riscos de multiparidade, proibindo, inclusive, a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária. Importa ainda destacar que referido projeto de lei preservou o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões pré-implantacionais⁶⁰.

O Projeto de Lei nº 2.855/97, do Deputado Confúcio Moura, prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica, devendo ser registrada em documento de consentimento informado, podendo ocorrer a revogação do consentimento até o momento anterior à realização de referida técnica⁶¹.

O projeto contempla, a possibilidade da doação de gametas e embriões pré-implantacionais em caráter sigiloso, sendo permitida apenas a quebra do sigilo em decorrência de motivação médica, sendo as informações fornecidas apenas para a equipe médica responsável pelo caso, ficando preservada a identidade civil do doador⁶².

O projeto prevê que a doação de gametas e embriões pré-implantacionais jamais poderá ter finalidade lucrativa. Registre-se que todo estudo de gametas e embriões pré-implantatário *in vitro* deverá ter a exclusiva finalidade de fazer uma

⁶⁰ ESPINDOLA, José Sebastião. Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida. **Revista Bioética**. 2003. v. 11. nº 02. p. 91-108. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/182/186>. Acesso em: 23/02/2015.

⁶¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.111-112.

⁶² Idem.

avaliação de sua viabilidade, detecção de doenças hereditárias, com o fim de tratá-las ou impedir sua transmissão, inclusive esclarecendo que os gametas que forem utilizados nos procedimentos não deverão ter por finalidade a procriação⁶³.

O Projeto de Lei nº 2.855/97 prevê a possibilidade de inseminação *post mortem*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser, nos casos em que houver prévia e expressa manifestação do casal⁶⁴.

Relata-se que a tentativa de regulamentação de referido assunto por meio do Projeto de Lei nº 90/99, do Senador Lúcio Alcântara, prevê que os procedimentos podem ser utilizados por qualquer mulher, em qualquer estado civil, ou seja, casada ou em união estável bem como as solteiras ou viúva. Destaca-se que referido projeto de lei admite que os interessados em se utilizar de alguma técnica de reprodução assistida permitam que seus gametas e embriões pré-implantacionais sejam utilizados em pesquisas somente com fins terapêuticos ou diagnósticos⁶⁵.

No que tange ao Projeto de Lei nº 90/99, evidencia-se nele que a doação deverá ser gratuita. Contudo, em face do art. 9º, o sigilo do doador poderá ser revelado, em face da necessidade de preservação da vida ou da saúde da pessoa gerada por processo de reprodução assistida. Por fim, deve ser dito que referido projeto de lei dispõe que, no caso de inseminação *post mortem*, não será reconhecida a paternidade⁶⁶.

Saliente-se que o Projeto de Lei nº 90/99 sofreu várias alterações por meio dos substitutivos apresentados pelo Projeto de Lei (PL nº 1.184/03), de autoria do Senador Roberto Requião, que trouxe algumas modificações significativas, passando a dispor que somente casais, sejam casados ou em união estável, possam ter acesso à técnica e proíbe também a criopreservação e o congelamento de embriões⁶⁷.

⁶³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.111-112.

⁶⁴ Op. cit., p. 129.

⁶⁵ ESPINDOLA, José Sebastião. Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida. **Revista Bioética**. 2003. v. 11. nº 02. p. 91-108. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/182/186>. Acesso em: 23/02/2015.

⁶⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 114-115 e 131.

⁶⁷ Op. Cit., p.117-119 e 132-133.

Acrescentou igualmente a possibilidade de o filho conhecer a identidade do genitor após a maioridade, e que o doador possa ser pai de um filho concebido por tal técnica⁶⁸.

Em relação à inseminação *post mortem*, o Projeto de Lei nº 90/99 esclarece a possibilidade da filiação ser reconhecida, a fim de que sua utilização pela esposa ou companheira ocorra dentro da legalidade, porém, desde que o depósito dos gametas tenha sido feito com autorização mediante testamento do falecido⁶⁹.

Deve ser mencionado o Projeto de Lei nº 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, o qual busca transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei, propõem a exigência do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada ou viver em união estável, para a prática de tal técnica de reprodução assistida e prevê que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal, inclusive com proibição do descarte de embriões e a redução seletiva, embora permita a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias⁷⁰.

Registre-se que o Projeto de Lei nº 54/02 prevê também a preservação do sigilo dos envolvidos no processo. Estabelece que o doador produza somente uma gestação para cada um milhão de habitantes e permite a doação temporária do útero para mulheres com parentesco até o segundo grau⁷¹.

Quanto aos referidos projetos de lei supracitados, deve ser dito que eles foram apensados e seguem tramitação, sendo objeto de revisões e alterações, mas, até o presente momento, sem qualquer data para serem postos em pauta para votação pelo Congresso Nacional.

Finalmente, deve ser destacado que todos os projetos de lei acima visam resguardar, em pelo menos alguma parte, as próprias recomendações contidas na Resolução Normativa nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que embora servisse apenas para orientar os médicos, como mera norma deontológica, preocupou-se com o tema da infertilidade humana como um problema de saúde,

⁶⁸ Idem, ibidem.

⁶⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-119 e 132-133.

⁷⁰ CARLOS, Paula Pinhal de; LIEDKE, Mônica Souza; SCHIOCCHET, Taysa; SCHNEIDER, Raquel Belo. **Reprodução assistida:** aspectos éticos. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_aspectos_eticos.htm>. Acesso em: 22/02/2015.

⁷¹ Idem.

com implicações médicas e psicológicas, com a intenção, inclusive, de regular eticamente, a conduta profissional dos médicos na utilização de tal técnica de reprodução humana assistida⁷².

No que toca à Resolução Normativa de nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina (restrita, em razão de sua natureza, à comunidade médica) pretendia, em síntese, resguardar:

o consentimento informado nos casos de fertilização *in vitro*, a limitação do número de receptores por doação, delimita um prazo máximo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo, proíbe a redução e o descarte de embriões, permite a seleção embrionária (somente a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias), a geração dos embriões pela própria doadora ou mediante cessão, autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta, (desde que possuam parentesco até o segundo grau), e concede a fertilização *in vitro* em mulheres solteiras⁷³.

A Resolução de nº 1.358/92 preocupou-se, ainda, em explicar quando e por quem tal método pode ser utilizado; em limitar o número de embriões a serem transferidos para a mãe, com o objetivo claro de evitar riscos de multiparidade; em preservar o anonimato do doador, salvo em situações especiais, podendo ser fornecidos dados do doador, exclusivamente para médicos, porém, preservando a sua identidade civil⁷⁴.

A Resolução supramencionada preocupava-se outrossim com problemas de parentesco e, nesse sentido, limitava o número de gestações com o mesmo doador, estabelecendo que, na mesma região de localização da clínica de fertilização, o doador poder produzir apenas duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. A resolução em comento orientava similarmente que a escolha dos doadores seria de responsabilidade da clínica, devendo preservar, ao máximo, que o doador tivesse a maior semelhança fenotípica

⁷² CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 192.

⁷³ CARLOS, Paula Pinhal de; LIEDKE, Mônica Souza; SCHIOCCHET, Taysa; SCHNEIDER, Raquel Belo. **Reprodução assistida: aspectos éticos**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_aspectos_eticos.htm>. Acesso em: 22/02/2015.

⁷⁴ ESPINDOLA, José Sebastião. Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida. **Revista Bioética**. 2003. v. 11. nº 02. p. 91-108. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/182/186>. Acesso em: 08/03/2015.

e imunológica e, ainda, a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora, vedada a participação dos componentes da clínica de fertilização como doadores⁷⁵.

Outro ponto bastante interessante lembrado pela Resolução 1.358/92 refere-se à orientação dada no sentido de que as clínicas poderiam criopreservar espermatozóides, óvulos e embriões pré-implantacionais, não podendo o excedente ser descartado ou destruído⁷⁶.

A Resolução 1.358/92 também determinou que o casal que se utilizou de tal técnica deve expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado ao material genético excedente em caso de divórcio, de doenças graves ou de falecimento de um deles bem como se desejam doá-los⁷⁷.

Aspecto importante trazido pela Resolução de nº 1.358/92 refere-se ao fato de proibir a utilização de oócitos humanos para qualquer outra finalidade que não fosse a procriação humana. Outro assunto interessante diz respeito à questão da gestação de substituição, chamada “mãe gestante”, em que orientava no sentido de que a mãe substituta deveria ter vínculo com a mãe biológica, a fim de evitar possibilidades de exploração comercial⁷⁸.

A Resolução nº 1.358/92, no que toca à fertilização *in vitro post mortem*, disciplinou que, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões pré-implantacionais, o que possibilitava a fertilização *in vitro post mortem*, desde que a vontade do cônjuge falecido estivesse manifestada expressamente por escrito.

Por fim, deve ser dito, quanto à Resolução nº 1.358/92, que fora revogada por uma nova resolução, a de nº 1.957/2010, que passou a disciplinar, então, a conduta dos médicos quanto às normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, servindo a nova resolução para orientar a comunidade médica, embora sem força de lei⁷⁹.

⁷⁵ CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 195.

⁷⁶ ESPINDOLA, José Sebastião. Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida. **Revista Bioética**. 2003. v. 11. nº 02. p. 91-108. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/182/186> Acesso em: 08/03/2015.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ CAMARGO, Juliana Fronzel de. **Reprodução humana: ética e direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 196.

⁷⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 08/03/2015.

A Resolução Normativa de nº 1.957/2010 poucas alterações trouxe em relação à resolução anterior. Todavia, acrescentou, no tópico 6, dos Princípios Gerais, nova orientação no sentido de que o número de embriões a serem transferidos deve seguir a seguinte determinação: (...): *a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões*⁸⁰.

No que tange à fertilização *in vitro post mortem*, por outro lado, a referida resolução normativa esclareceu a sua utilização:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM - Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado de acordo com a legislação vigente⁸¹.

No ano de 2013, foi editada nova resolução normativa do Conselho Federal de Medicina, Resolução de nº 2.013/13, publicada em 09/05/2013, e que acabou por revogar a resolução anterior, do ano de 2010, principalmente, em decorrência do dinamismo da reprodução humana assistida e da evolução da sociedade, acrescentando que o Supremo Tribunal Federal, em data de 05/05/2011, passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº 4.277 e ADPF nº 132)⁸².

Dessa forma, na nova resolução, passou a ser permitido aos profissionais médicos o uso da técnica de reprodução humana assistida para aqueles que possuem um relacionamento homoafetivo e para pessoas solteiras⁸³.

Outra explicação para a publicação dessa última resolução do Conselho Federal da Medicina, foi o fato de que as clínicas que trabalham com a reprodução humana assistida passaram a solicitar do Conselho Federal de Medicina posicionamento a respeito do descarte de embriões congelados, pois algumas delas possuíam criopreservado embriões congelados há mais de 20 anos, por período muito maior, inclusive, do que o previsto pela Lei de Biossegurança⁸⁴.

A referida lei, em seu art. 5º, inciso II, prevê um prazo de apenas três anos a partir do congelamento do embrião para utilização em pesquisa de células

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 08/03/2015.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

tronco. Saliente-se que a referida resolução fora também motivada com a finalidade, de limitar a idade para o uso das técnicas, em face do número excessivo de mulheres que, em virtude de idade avançada têm mais dificuldades para engravidar⁸⁵.

Dessa forma, a referida resolução orienta a limitar a idade máxima de 50 anos para as mulheres se utilizarem de tal procedimento, havendo limite de idade para adoção de gametas, sendo 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem. A resolução orienta também que a adoção de oócitos pode ser compartilhada quando doadora e receptora possuam problemas de reprodução, lembrando que a doadora terá preferência sobre o material biológico que será produzido⁸⁶.

A Resolução Normativa nº 2.013/13 trouxe outro acréscimo importante ao assunto da reprodução humana assistida, uma vez que passa a orientar aos profissionais médicos que, se assim entenderem, eles podem proceder à utilização de referida técnica com casais do mesmo sexo bem como para solteiros⁸⁷.

Outra importante orientação refere-se ao fato de que os embriões criopreservados com mais de cinco anos podem ser descartados, se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas destinados a pesquisas de células tronco, conforme determina a Lei de Biossegurança⁸⁸.

Foi acrescentada, na Resolução de 2013, uma série de exigências para constar no prontuário do paciente de reprodução assistida, principalmente nas situações em que o procedimento serve para atender casos, nos quais haverá cessão temporária do útero. Para tanto, vale transcrever o que determina, o tópico 3, do item VII – sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero):

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado pelos paciente (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 08/03/2015.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro⁸⁹.

Por fim, quanto à referida Resolução Normativa nº 2.013/13, deve ser dito que, com relação à fertilização *in vitro post mortem*, ela manteve a mesma exigência da resolução anterior, ou seja, de que pode ser feita, desde que exista autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do seu material genético criopreservado⁹⁰.

Ainda no que se refere as resoluções normativas do Conselho Federal de Medicina a respeito das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, deve ser exposto que em data de 24/09/2015 fora publicada nova resolução de nº 2.121/2015, a qual revogou a resolução de nº 2.013/2013. Contudo, a resolução do ano de 2015 não trouxe significativa mudança quanto a sua anterior⁹¹.

Entretanto a justificativa mais séria e necessária para a criação dessa nova resolução normativa de nº 2.121/2015 fora no sentido primordial de limitar a idade das candidatas à gestação por reprodução humana assistida para até 50 anos, uma vez que em idade superior poderá vir a ocorrer sérias complicações no período gravídico. Com relação ao uso da fertilização *in vitro post mortem* ficou mantida as mesmas exigências da resolução anterior para o seu uso⁹².

⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 10/03/2015.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 07/04/2016.

⁹² Idem.

A título de informação deve ser mencionado, sem aprofundamento no tema, que a Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005, apresenta, em síntese, algumas disposições a respeito do uso da técnica de reprodução humana assistida, notadamente que a realização de pesquisa com células extraídas de embriões só pode ser realizada se os embriões forem obtidos mediante tratamento para fertilização *in vitro*, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados, há mais de três anos e, ainda, com o consentimento dos genitores e que se tenha a aprovação da pesquisa pelo comitê de ética da instituição. Não deve haver comercialização dos embriões, células e tecidos, estando vedada a clonagem humana e o uso da engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano⁹³.

A respeito da Lei de Biossegurança, em razão do seu art. 5º e respectivos parágrafos, não se poderia deixar de mencionar, mesmo que superficialmente, que houve a propositura, perante o Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510/2008), tendo como argumento fulcral que a vida começa na fecundação e que, com a liberação da pesquisa em células-tronco, estariam sendo violados dois preceitos constitucionais a saber: o direito à vida e à dignidade da pessoa humana⁹⁴.

O tema discutido na ação acima mencionada fora de extrema complexidade e repleto de polêmicas, inclusive com discussões, não só no âmbito judiciário, mas também perante toda a sociedade brasileira, dado que, para se chegar a uma decisão, teria que ocorrer prévia discussão sobre quando se inicia a vida humana, a respeito dos direitos de proteção a esse futuro ser que se poderia tornar concebido, sobre o descarte de embriões etc, fatores que voltarão a serem discutidos, adiante, em capítulos próprios.

Mesmo após o julgamento da ADI 3510⁹⁵, a qual entendeu pela constitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos, não houve qualquer novo projeto de lei, além dos supracitados, a respeito da utilização das técnicas de reprodução

⁹³ MARTINOTTO, Fernanda. **O STF e a constitucionalidade do artigo 5º da lei de Biossegurança.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24683>> Acesso em: 11/03/2015.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 11/03/2015.

humana assistida ou de qualquer assunto que diga respeito à utilização do material genético que se encontra criopreservado.

Após o julgamento da ADI 3510/2008, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, teve que se manifestar a respeito de um pedido de autorização judicial para a fertilização *in vitro post mortem*, o qual fora negado, dado a 3ª Turma Cível, por meio de seus desembargadores, entendeu que:

[...] diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial *homóloga post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim⁹⁶.

Outra ressalva de suma importância refere-se ao fato de que o Conselho da Justiça Federal tomou como medida, para evitar a banalização de tal procedimento de fertilização *in vitro post mortem*, a edição do Enunciado de nº 106, com o seguinte teor:

ENUNCIADO 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte⁹⁷.

Neste momento, deve ser consignado que o caso paranaense, citado no esboço histórico deste capítulo, chamou a atenção, porque fora o único feito antes da determinação da atual Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e do próprio enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal acima citado, o qual regulamenta a utilização da técnica da reprodução humana assistida, após a morte, somente admite a fertilização *in vitro* mediante a manifestação expressa e por escrito do falecido marido ou companheiro e, ainda, comprovada a condição de viuvez da mulher.

Quanto aos ordenamentos jurídicos que tratam do presente assunto, tem-se o Código Civil Brasileiro, no que toca aos direitos da personalidade, sendo, em seu art. 2º, deflagrada uma inicial polêmica a respeito da distinção entre

⁹⁶ TJDF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/setembro/utlizacao-de-material-genetico-criopreservado-depnde-de-autorizacao-escrita-do-morto>> Acesso em: 26/01/2015.

⁹⁷ Enunciado aprovado nas Jornadas de Direito Civil – I, II e IV, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 26/01/2015.

personalidade e a capacidade de direito, ao aduzir que: “a *personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”⁹⁸.

Registre-se que o referido artigo supramencionado do Código Civil instaura discussão a respeito de se inicia a personalidade humana a partir do nascimento com vida, ou se o nascituro, ou, ainda, o concebido já deve ser considerado portador de personalidade e sujeito de direitos⁹⁹, assunto este que melhor será discutido adiante.

O Código Civil traz várias outras questões que envolvem a reprodução humana assistida e, por via de consequência, a própria fertilização *in vitro*, inclusive a *post mortem*, mesmo que, de forma superficial, podendo ser citado o que diz respeito, por exemplo, à possibilidade de legitimação de filhos apenas concebidos, ou seja, o reconhecimento de filho, antes de nascer (parágrafo único do art. 1.609), a questão sobre a curatela do nascituro (art. 1.779), a própria situação da legitimação como sucessor daquele que já se encontra concebido, no momento da abertura da sucessão (art. 1.798).¹⁰⁰

Por fim, deve ser mencionada a Lei Magna, que disciplina vários temas que podem servir para o presente estudo, porque, em seu art. 1º, particularmente no inciso III, trata do princípio da dignidade humana e, no art. 5º, *caput*, a respeito do direito à vida e do princípio da igualdade, princípios fundamentais que (conjugados) constituem a base de sustentação para a construção dos demais direitos de qualquer pessoa humana que possa vir a ser tutelado em toda e qualquer dimensão. Assim, o constituinte brasileiro, segundo Szaniawski, optou pela construção de um modelo de tutela de personalidade humana baseada sobre o princípio da dignidade e da igualdade, a fim de garantir o desenvolvimento e o exercício livre da personalidade humana¹⁰¹.

Outrossim, a Constituição Federal contém outras disposições como: a matéria que diz respeito ao direito à saúde (art. 6º e 196), ao direito à liberdade (art. 5º, II), ao planejamento familiar (art. 226, §7º), temas esses que ajudam a respaldar

⁹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 64.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 65.

¹⁰¹ Op. cit., p. 137-138.

toda a questão que envolve a reprodução humana assistida, e, por via de consequência, a própria fertilização *in vitro post mortem*¹⁰².

Assim sem aprofundar-se neste momento, a despeito do parágrafo anterior, apenas para um esclarecimento inicial, deve-se dizer que a aplicação do direito à saúde, previsto constitucionalmente, tem lugar na questão da reprodução humana assistida, até porque, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o conceito de saúde consiste no “*estado completo de bem estar físico, psíquico e social*”¹⁰³.

Portanto, as pessoas que não conseguem gerar descendentes pela forma “natural” podem ser consideradas como portadoras de uma “doença” e, conseqüentemente, têm direito, ou, pelo menos, deveriam ter acesso ao serviço de saúde, no que toca à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida¹⁰⁴.

No que toca ao direito à liberdade, não se deve deixar de mencionar tampouco que o referido direito insculpido na Lei Magna tem utilização plena na discussão da reprodução humana assistida, especialmente porque tal direito constitui um dos primeiros valores do ser humano, o qual se respalda obviamente na possibilidade de qualquer ser humano autodeterminar-se fisicamente, o que inclui sua própria reprodução. Assim, em face do que determina o art. 5º, inciso II, da CF, pode-se dizer tranquilamente, a princípio, que a restrição à liberdade à própria reprodução, deveria estar vinculada à criação de normas, nos moldes da legalidade e da legitimidade¹⁰⁵.

Outro dispositivo constitucional acima dito com aplicabilidade plena na discussão acerca da reprodução humana assistida refere-se ao da entidade familiar (art. 226, *caput* da CF/88) e o do planejamento familiar (art. 226, § 7º da CF/88), haja vista que se encontra sedimentado o entendimento de que o direito à proteção familiar não discrimina, de forma alguma, o tipo da formação originária da família, ou seja, não há, na formação da família qualquer proibição ao constituir-se, nem na forma da sua composição, nem quanto à geração de filhos, notadamente, por meio

¹⁰² KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98.

¹⁰³ Op. cit., p. 110.

¹⁰⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p.110.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 98.

da reprodução humana assistida. Portanto, a entidade familiar a ser construída, seja ela natural ou artificial, deve ser protegida¹⁰⁶.

Por outro lado, no que diz respeito ao planejamento familiar, também não deverá ocorrer tampouco qualquer restrição pelo fato de que o filho seja, a princípio, fruto da reprodução humana assistida, porque o projeto parental não se restringe apenas à forma como ocorreu a sua formação (concepção do filho), mas à sua perpetuação, à educação, à afetividade, à assistência moral e material a este ser concebido pelo amor de um casal¹⁰⁷.

Portanto, tem-se que a Constituição Federal, ao ser interpretada, quanto à questão do planejamento familiar, não se importou com a forma como se deu a reprodução, indo muito mais além, ou seja, no sentido de impor ao casal que se utilizou de referida técnica a responsabilidade em todos os sentidos das relações de parentalidade e de filiação¹⁰⁸.

Desse modo, nos próximos capítulos observar-se-á também que os ordenamentos jurídicos, aqui expostos, permitirão melhor compreensão e análise sobre o tema da *fertilização in vitro post mortem* e poderão servir principalmente de fundamento para o desfecho da tese que ora se apresenta.

1.4 Fertilização *in vitro* no Direito Comparado

Antes de ingressar no assunto, propriamente dito da fertilização *in vitro* no Direito Comparado, mister se faz esclarecer que tal assunto trata da comparação dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo. Aliás, aponta Pereira, que "*o aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário*"¹⁰⁹. Nesse sentido, é importante citar a obra de René David no tema do Direito Comparado, uma vez que ele observa que "*le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l'interprétation qu'ils feront*

¹⁰⁶ Op. cit., p. 105.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 105-106.

¹⁰⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p.105-106.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. **Revista Forense**, v.146, p. 24 e ss., reprodução datilografada, p. 8.

de ces formules”¹¹⁰.

Quanto ao estudo das técnicas de reprodução humana assistida, saliente-se também que, segundo o pensamento de Krell, em particular, *“qualquer estudo legal comparativo deve ser efetuado com cautela, respeitando-se as características históricas, culturais e socioeconômicas específicas de cada país”*. Krell afirma que, no atual momento, não há uma “ética universal” que trate das questões de reprodução humana assistida, dado que há diferentes tradições, costumes e sistemas valorativos em cada sociedade. Como dito acima, tais discussões podem servir de parâmetro para análise no âmbito do direito nacional já que o Brasil está iniciando a criação de normas jurídicas para tratar da reprodução humana assistida¹¹¹.

A título de curiosidade, deve ser mencionado que no ano de 2010, a Federation of Fertility Societies fez uma pesquisa sobre a existência ou não de legislação para tratar da Reprodução Humana Assistida, envolvendo 103 países. Nesta pesquisa de todos os países participantes, apenas 42 (40,7%) mencionaram possuir legislação específica sobre o assunto, enquanto que 26 (25,2%) possuem guias de referências ou leis não especificadas (resoluções, recomendações e etc), sendo que 35 países (35%) não tem nenhuma lei ou instrução¹¹².

Assim diante do cenário mundial a respeito da existência ou não de legislação para tratar da Reprodução Humana Assistida bem como para esclarecer e fortalecer a presente tese, passa-se a apresentar as seguintes situações em alguns países do mundo, podendo ser dito inicialmente que na Grã-Bretanha e na Escandinávia, o número de embriões que podem ser implantados por vez é de um ou dois, para se garantir, com maior probabilidade de acerto, que a mulher não desenvolverá gestação múltipla e dessa forma, evitar os indesejáveis riscos de uma gravidez gemelar¹¹³.

Com relação à Grã-Bretanha, passou a vigorar, no ano de 1988, o que se chama *“Family Law Reform Act”*, que admite a utilização das técnicas de reprodução

¹¹⁰ DAVID, René. **Les grands systèmes de droit contemporain (Droit comparé)**. Quatrième édition. Paris: Dalloz, 1971, p. 9.

¹¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153-154.

¹¹² LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. 2014, p. 31-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n1/0103-7331-physis-24-01-00031.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

¹¹³ Jornal O Estadão. **“Turismo Reprodutivo preocupa cientistas na Grã- Bretanha”**, Disponível em: <http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid211534,0.htm> Acesso em: 27/02/2009.

humana *homóloga* e *heteróloga*, inclusive a fecundação *in vitro*, desde que o marido permita expressamente, o que o torna reconhecido como pai da criança, embora este não tenha qualquer vínculo com o doador¹¹⁴. Porém, no que tange à fertilização *in vitro post mortem*, a lei de Fertilização Humana e Embriologia, editada em novembro de 1990, não reconhece a paternidade em relação à criança fecundada após a morte daquele que seria o pai¹¹⁵.

Nos Estados Unidos, como há autonomia legislativa em cada Estado da nação, permite-se que cada Estado atue independentemente quanto ao referido assunto, havendo diversidade de posições e comportamentos. Pode-se considerar, então, mais radical a doutrina estadunidense, pois parte da premissa de que cada pessoa tem o direito de procriar como de não procriar, encontrando tal direito fundamento na liberdade pessoal, tutelada pela Constituição dos Estados Unidos da América, como um dos muitos aspectos do “right of privacy”¹¹⁶. Contudo, em 1973, fora criada uma legislação que serviu de modelo para os Estados Membros, no sentido de que, se houvesse uma criança gerada de forma artificial, com o consentimento do marido, mesmo que o sêmen fosse de terceiro, o pai legal seria o marido e não o doador, que, aliás, não teria nem terá qualquer relação com a criança¹¹⁷.

Também no México cada Estado tem autonomia para elaborar normas jurídicas próprias, não possuindo qualquer previsão legal no que concerne à reprodução assistida¹¹⁸.

Na Noruega, para a realização da fertilização *in vitro* há como exigência que um dos interessados, ao menos, seja estéril ou que não seja identificada a sua causa de esterilidade e que a mulher a ser submetida a tal procedimento seja casada ou que mantenha com um homem uma relação estável e equiparada ao

¹¹⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153-154.

¹¹⁵ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma legal, 2000, p. 117.

¹¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr.- jun. 1999, p. 16.

¹¹⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153-154.

¹¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 305.

casamento¹¹⁹.

A legislação da Argentina sofre forte influência da religião católica e, quanto à reprodução assistida, a lei não se aprofundou ainda sobre as novas questões, havendo projetos de lei em tramitação. Contudo, em relação à inseminação *homóloga*, é admitida legalmente no direito argentino, condicionando-a tão-somente à certeza de que a futura filiação seja resultado de sêmen do marido ou convivente e de óvulo materno, não havendo diferença na qualidade de filiação¹²⁰.

O direito em Portugal, quanto à questão da fertilização *in vitro*, centraliza seu pensamento por meio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, CNPMA, de acordo com o qual as questões éticas, sociais e legais envolvendo as técnicas de reprodução são discutidas. Aliás, segundo a Lei Portuguesa nº 32/2006, o princípio da dignidade humana é estabelecido de forma que a igualdade se estabelece tanto entre os filhos advindos da utilização das técnicas, quanto dos concebidos naturalmente, não os diferenciando, razão pela qual a inseminação *post mortem* somente será permitida se for para cumprir um projeto familiar estabelecido por escrito e antes do falecimento do companheiro¹²¹.

A Itália, também sofre forte influência da Igreja Católica, por tal razão sua legislação é a mais restritiva de todas as legislações da Europa Continental, tanto há proibição de doação de esperma, pesquisa com embriões, doação de óvulos, uso de mãe gestante e prática de inseminação *heteróloga* e muito menos uso da fertilização *in vitro post mortem*¹²².

Importa destacar que, em 1981, foi aprovado pela Comissão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa um relatório de conteúdo relacionado diretamente à reprodução assistida que, para o século XXI, demonstrou ser bastante retrógrado em suas assertivas, pois considera, conforme relata Álvaro Dias, que:

[...] o modo normal da procriação humana é o da união física

¹¹⁹ MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade** (“Mãe de Aluguel”). Curitiba: Genesis, 1998, p. 41- 42.

¹²⁰ SAMBRIZZI, Eduardo A. **La filiación en la procreación asistida**. Buenos Aires: El Derecho, s. d. p. 44.

¹²¹ LEAL, Paula Mallmann. **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf> Acesso em: 01/04/2013.

¹²² FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75.

do homem e da mulher, de preferência no seio da unidade familiar, pelo que se considera, em conformidade, a inseminação medicamente assistida como uma solução excepcional, apenas tolerada para obviar às graves e insuperáveis consequências da esterilidade e às dificuldades impostas pelas diversas legislações em matérias de adopção; a consideração de que é preferível disciplinar o fenómeno a perpetuar um vazio legislativo; a admissibilidade da inseminação, com ou sem dádiva de sêmen, apenas para a mulher casada e com o seu próprio consentimento e o do marido[...]¹²³

Registre-se que o Conselho da Europa manifestou-se também por intermédio da Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano, no que respeita à aplicação da biologia e da medicina, cuja tónica principal eram os reflexos éticos e jurídicos das manipulações genéticas. Seu art. 18 estatui que *“A investigação em embriões in vitro sempre que a lei permite a pesquisa em embriões in vitro, deve garantir uma protecção adequada do embrião, bem como de que a criação de embriões humanos para fins de pesquisa é proibida”*¹²⁴. O referido Conselho consagra também em seu projeto de recomendações, a proibição da fecundação *post mortem* sob o argumento de que cabe aos pais, e não apenas a um deles, o dever de assistência, seja econômica, emocional, afetiva e psíquica aos filhos¹²⁵.

No Canadá, na província de Ontário, as recomendações são no sentido de se permitir à mulher a transferência de embriões, mesmo que os óvulos não sejam dela. O embrião gerado é colocado sob a tutela jurídica do Estado e a experimentação somente é permitida em centros autorizados pelo Ministério da Saúde. Ademais, é proibido criar e armazenar o embrião excedentário, por mais de dez anos, sob pena de ser destruído¹²⁶.

Na Suécia, foi nomeada uma Comissão para a investigação dos problemas oriundos de tais técnicas. A lei sobre a procriação assistida surgiu em 1984; a referida lei exigia, para a prática da reprodução assistida, uma relação

¹²³ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 29.

¹²⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano no que respeita à Aplicação da Biologia e da Medicina**: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>> Acesso em: 13/08/2013.

¹²⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 190.

¹²⁶ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, 1996, p.99

heterossexual, procedimento a ser realizado em hospitais públicos após cuidadosa verificação. A única forma de fertilização *in vitro* permitida é decorrente do material genético do próprio casal¹²⁷. De forma alguma é permitida a fertilização *in vitro post mortem*¹²⁸.

Na França, os Centros de Estudo e de Conservação de Sêmen (C.E.C.O.S) consolidaram a ideia de plena assistência às práticas de reprodução assistida. A partir de uma organização com fulcro em princípios de ordem ética, *“visam a garantir um máximo de segurança no tratamento, a par de uma harmoniosa integração e/ou conciliação dos interesses de todos os que estão implicados em tal processo”*.¹²⁹

A França, em posição de precaução, tem demonstrado a postura que os centros de reprodução médica assistida devem ter em face da ausência legislativa. Há que se tomar todos os cuidados, tendo em vista a grande repercussão que tais procedimentos geram para as partes envolvidas. Nos C.E.C.O.S, exigia-se do doador de sêmen, por exemplo, um compromisso moral de dizer a verdade¹³⁰. Assim, o referido país aplica regras idênticas no sentido de aceitar a fertilização *in vitro* desde que ocorra a autorização do marido e do convivente, pois entendem que a criança concebida está protegida juridicamente e vinculada a seu pai e sua mãe. Contudo, não concordam com a fertilização *in vitro post mortem*, por se tratar de extinção do projeto parental, com a morte do pai¹³¹.

A lei espanhola vigente sobre a reprodução assistida é a Lei nº 14/2006, de 26 de Maio de 2006, que revogou leis anteriores. Essa nova lei espanhola determina que as técnicas de reprodução assistida estejam disponíveis para todas as mulheres maiores de 18 anos e com capacidade para trabalhar, independentemente de seu estado civil, ou orientação sexual. Para os casos em que a paciente necessite de doação de óvulos ou de espermatozoides, garantir-se-á, segundo a lei espanhola, a confidencialidade e o anonimato dos doadores, com

¹²⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 154-155.

¹²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995, p. 288-289.

¹²⁹ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 99.

¹³⁰ DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 55.

¹³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995, p. 312-313.

doações gratuitas e não admitidas finalidades comerciais ou lucrativas de forma expressa¹³².

Ainda no direito espanhol, de acordo com a Lei nº 35/1988, estabelece que, para a utilização da técnica de *fertilização in vitro post mortem*, o falecido marido deverá ter autorizado, expressamente, antes de morrer, o uso de seu material genético, inclusive, tendo validade de seis meses para tal procedimento ser realizado¹³³.

A Alemanha, por meio de lei, de 13 de Dezembro de 1990, denominada *Embryonenschutzgesetz*, que significa lei de proteção ao embrião, regulamentou alguns efeitos jurídicos decorrentes das práticas de reprodução assistida. Com relação ao conteúdo, diferentemente da lei espanhola recém analisada, a lei alemã restringe a utilização das referidas práticas às mulheres casadas ou conviventes e necessita de consentimento¹³⁴.

No direito alemão a fecundação *in vitro*, na modalidade *heteróloga*, somente pode ocorrer em condições especiais, citando, como exemplo, casos em que o marido não tem fecundidade e, na fertilização *in vitro homóloga*, somente é permitida a fecundação com um número de óvulos necessários para uma só transferência, haja vista que a criopreservação é proibida na Alemanha.

É impossível a utilização de tal técnica para casais não casados por meio de esperma de doador, sendo proibida tal técnica para mulheres solteiras¹³⁵. Importa destacar que referida lei nº 745/1990 é proibitiva quanto ao referido uso da *fertilização in vitro post mortem*, punindo, inclusive, com prisão de até 3 anos ou multa todo aquele que, de forma consciente, utilizar gameta de doador morto¹³⁶.

A República Tcheca, em face de uma instrução, de 1982, do Ministério da

¹³² LEY 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 6: "Usuarios de las técnicas. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>> Acesso em: 13/08/2013.

¹³³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei 10.406, de 10.01.2002. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 524.

¹³⁴ **Embryonenschutzgesetz**: "Section 4 Unauthorised fertilisation, unauthorised embryo transfer and artificial fertilisation after death (1) Anyone will be punished with up to three years imprisonment or fine, who attempts artificially to fertilise an egg cell without the woman, whose egg cell is to be fertilised, and the man, whose sperm cell will be used for fertilisation, having given consent, attempts to transfer an embryo into a woman without her consent". A versão em inglês está disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/docs/Germany2.html>. Acesso em: 13/08/2013.

¹³⁵ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 155.

¹³⁶ FERREIRA, Fábio Alves. Vivendo sem respirar, morrendo sem chance de nascer. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3544>> Acesso em: 06/04/2015.

Saúde, passou a aceitar a reprodução humana assistida, mesmo que *heteróloga*, desde que ocorra solicitação por parte do marido e da mulher e comprovada infertilidade de um dos cônjuges, ou risco de transmissão de doença hereditária ou evolução de um quadro de debilidade¹³⁷.

Na Índia a *fertilização in vitro* é muito comum, inclusive em qualquer de suas modalidades, existindo cerca de três mil clínicas de reprodução humana assistida que movimentam muitos milhões de dólares. Aliás, é um dos países no mundo que inclusive permite a prática da gestação substituta, “barriga de aluguel”, mediante pagamento. Oportuno citar que a Suprema Corte da Índia no final do ano de 2015 indicou a necessidade de alteração legislativa no sentido de vetar qualquer prática de “barriga de aluguel” com fins comerciais, tanto para indianos como para estrangeiros¹³⁸. Porém, até o presente momento tal técnica é usada de forma descontrolada, tanto é que por questões culturais e desprezo da sociedade e de familiares, muitas mulheres idosas estão engravidando por *fertilização in vitro* simplesmente para poder dar ao marido um filho para ser apresentado à sociedade e a família¹³⁹. Registre-se que o uso da *fertilização in vitro post mortem* é permitida na Índia¹⁴⁰.

Na China não existe legislação específica para o uso das técnicas de reprodução humana assistida. Contudo já existem vários centros de medicina que praticam tal técnica, sendo permitido a transferência de até 2 embriões para mulheres até 35 anos, 3 embriões para mulheres de 36 a 39 anos e 4 embriões para mulheres acima de 40 anos. Contudo na China o uso somente é permitido para casados, não sendo permitida para casais homoafetivos. Com relação a *fertilização in vitro post mortem* a mesma é proibida¹⁴¹.

¹³⁷ STEPAN, Yan. **Internacional Survey of Laws on Assisted Procreation**. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, p.102.

¹³⁸ MELLO, Patrícia Campos. **Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro**. Folha de São Paulo. Publicação em: 16/10/2015. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>>. Acesso em: 18/06/2016.

¹³⁹ ARYA, Divya. **Pressão social faz indianas se tornarem mães aos 70 anos**. BBC. Índia. Publicação em: 30/10/2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141030_india_idosa_ivf_da_ccl>. Acesso em: 18/06/2016.

¹⁴⁰ LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. 2014, p. 31-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n1/0103-7331-physis-24-01-00031.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

¹⁴¹ Idem.

No Egito também não existe legislação específica sobre o assunto, porém tal técnica pode ser usada para casados, desde que de sexo diferentes, sendo permitido a transferência de 2 a 4 embriões de acordo com a idade da mulher, também sendo proibido a utilização da fertilização *in vitro* póstuma¹⁴².

A Dinamarca possui legislação a respeito da reprodução humana assistida, o uso de tal técnica é liberado para qualquer tipo de casal e inclusive para pessoas solteiras, podendo ser transferido 1 embrião para mulheres até 35 anos na primeira e na segunda tentativa, acrescentando mais 1 embrião a cada nova tentativa. A fertilização *in vitro* póstuma não é permitida¹⁴³.

Em Israel existe também legislação que regulamenta a reprodução humana assistida, sendo permitido o uso de referida técnica para qualquer casa, inclusive para a solteira, a transferência de embriões se dá no máximo em número de 2, isto se a mulher tiver mais de 35 anos de idade. A fertilização *in vitro post mortem* é permitida¹⁴⁴.

Na África do Sul existem legislação a respeito da reprodução humana assistida, porém referida legislação não contempla o número de embriões a serem transferidos. O acesso a tal procedimento pode se dar a qualquer casal, inclusive aos solteiros. A fertilização *in vitro* póstuma é permitida¹⁴⁵.

Portanto, pelo observado acima, quanto ao estudo de Direito Comparado, na questão da fertilização *in vitro*, tal assunto está sendo visto com a intenção de se evitar abuso da prática de referida técnica, notadamente para que sua aplicação ocorra quando for estritamente necessária, ou seja, quando entre homem e mulher, dentro de uma relação estável, por apresentarem algum problema de esterilidade, não tenham alternativa para gerar filhos pelos meios naturais.

Aliás, é evidente a necessidade de regulamentar tal assunto, seja para as pessoas que se utilizam de referida técnica, mas até mesmo para os profissionais da área de saúde envolvidos em tal procedimento.

Assim, tem-se que, por meio do estudo do Direito Comparado possa o Brasil criar uma legislação que venha a atender as demandas relacionadas à

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. 2014, p. 31-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n1/0103-7331-physis-24-01-00031.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

fertilização *in vitro*, inclusive a *post mortem* e demais técnicas de reprodução humana assistida.

CAPITULO II

CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO POST MORTEM*

Neste capítulo, discorrer-se-á sobre a temática da família, iniciando com as novas concepções atuais para melhor compreender o instituto jurídico que servirá de fundamento para esta tese.

Ainda, neste capítulo, será discutido filiação nos dias de hoje, seguindo para melhor compreensão do direito ao planejamento familiar e este sob a ótica da fertilização *in vitro post mortem*.

2.1. – Concepção de Família e suas Características na Atualidade

Antes de adentrar ao tema da concepção de família na sociedade contemporânea, deve-se refletir a respeito das causas de suas modificações ao longo dos tempos. Inicialmente, pode-se dizer que, em razão de as pessoas passarem constantemente por mudanças significativas na sua forma de agir e pensar, em face de fatores internos (sentimentos, afetos, intelectualidade) e externos (modificações culturais, econômicas, tecnológicas, sociais e religiosas), há modificações em seu próprio grupo familiar, o qual adaptar-se-a à nova realidade.

Para se chegar à concepção atual de família não se deve esquecer de aduzir, mesmo que de maneira sucinta, que as transformações ocorridas na sociedade com a industrialização, que trouxe a urbanização, o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, a expansão da economia e a aceleração do consumo de bens e de serviços, que mudaram, de forma significativa, o comportamento humano e, por via de consequência, os membros participantes da família¹⁴⁶.

É oportuno citar também que a instituição chamada família sofreu

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar**: família, filhos e desafios (online). Família Contemporânea. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 65.

mudanças no tempo, em decorrência de vários outros fatores, entre eles, a demografia, a vida privada, os papéis familiares, as relações estado-família, o lugar, o parentesco, a transmissão de bens, o ciclo vital da família¹⁴⁷.

Registre-se que a análise transformativa da família, a partir de um núcleo estruturado de forma hierarquizada, centrado na figura do homem, detentor do poder e do controle sobre os demais membros da família, passou a ser substituída por uma estrutura de igualdade entre os cônjuges, pois, conforme dito alhures, com a industrialização e o trabalho da mulher fora de casa, surgiu uma nova família, enraizada na livre escolha dos cônjuges, baseada no amor e no afeto, o que acaba por direcionar as decisões da família e de seus membros¹⁴⁸.

Nessas transformações, não se pode deixar de mencionar que se passou a valorizar mais cada indivíduo da família, independente de sua posição, tornando-se os deveres e obrigações mais recíprocos gradativamente, tudo sem olvidar de mencionar que as relações entre pais e filhos sofreram significativas mudanças porque se criaram possibilidades de diálogo entre gerações, inclusive com expressões e atitudes de afeto mais evidentes¹⁴⁹.

Quanto a esses importantes fatores de transformação da família, tem-se que aduzir, outrossim, que a família modificou-se, quanto ao número de membros que a constituem, eis que uma família bastante numerosa (avós, tios, pais, filhos, netos), transformou-se, nos últimos tempos, em uma família reduzida apenas ao seu núcleo mais direto possível, ou seja, entre pais e filhos, até porque, com o advento do Estado Social, tenta-se, por meio de políticas públicas, transferir ao sistema de seguridade social, particularmente ao grupo de idosos e de pessoas fora do mercado de trabalho, a garantia de assistência social, saúde e previdência, tudo com o intuito de garantir-lhes o mínimo existencial¹⁵⁰.

Ademais, segundo Oliveira, a redução da família também ocorreu devido à preocupação dos pais em dar melhor qualidade de vida a seus filhos, sobretudo quanto ao aspecto educacional e social, o que exigia um esforço financeiro muito

¹⁴⁷ HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, 3, 2001, p. 9. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos,_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf> Acesso em: 12/06/2015.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios da solidariedade familiar. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3759, 16 Out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>> Acesso em: 13/06/2015.

maior e que, às famílias numerosas era impossível de concretizar. Outro fator percebido e que contribuiu para a redução do número de pessoas no núcleo familiar deve-se ao fato de que, em menor número, tornava-se mais fácil a interação entre seus membros, com o consequente fortalecimento dos laços afetivos e, por via reflexiva, da própria felicidade¹⁵¹.

Outra modificação significativa na reconstrução do conceito de família refere-se à função procriacional, a qual era influenciada fortemente por questões religiosas e que agora, deixaram de ser consideradas para a sua constituição, uma vez que vários casais escolhem não terem filhos, seja por priorizar suas atividades profissionais, seja em razão da infertilidade de um deles, seja, ainda, por outros motivos, tais como a natureza familiar das uniões homoafetivas¹⁵².

Por outro aspecto, a família sofreu modificações a partir do momento em que passou a ser vista não mais como mera organização patrimonial, hierarquizada e para fins de procriação, mas como um local privilegiado de socialização, de busca pela sobrevivência, proteção e de desenvolvimento da personalidade humana de cada um de seus indivíduos, tudo sem deixar de citar os vínculos afetivos e a possibilidade de preservação da dignidade humana de cada um de seus membros¹⁵³.

O afeto passou a ser fator imprescindível no campo do Direito de Família, posto que criou vínculos, obrigações e direitos na órbita familiar porque as relações que surgem entre as pessoas fundadas em tal afeto tornou-se digna de reconhecimento jurídico, especialmente na construção de vínculos como o casamento, a união estável e o parentesco. Por seu turno, deve ser aduzido que a verdadeira família é resultado da comunhão de afeto¹⁵⁴.

BARBOZA ressalta que as relações fundadas no afeto são:

Tão importante quanto as prescrições legais, os vínculos afetivos e os papéis sociais por eles gerados passaram a ser reconhecidos pelo direito, de que é exemplo cabal a união estável. Gerada por laços afetivos, a união entre homem e

¹⁵¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002, p. 231- 232.

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das relações de família**. <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8106-8105-1-PB.doc>> Acesso em: 13/06/2015.

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> Acesso em: 18/06/2015.

¹⁵⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>> Acesso em: 18/06/2015.

mulher sem casamento chegou a ser considerada imoral no início do século passado, e só após décadas de batalhas judiciais foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, pelo companheirismo e chegando finalmente à união estável¹⁵⁵.

A Constituição de 1988 abrigou o princípio da afetividade porque estabeleceu que a natureza da família como grupo social está ramificada, em sua essência, nos laços de afetividade, não havendo mais qualquer distinção no reconhecimento da família quanto à sua origem (casamento, união estável ou qualquer outro vínculo), tampouco havendo qualquer distinção entre seus componentes, porquanto todos os filhos são considerados iguais, independentemente de sua origem (biológica, não biológica). Ademais, o que vale, na nova visão da família, é a afetividade, uma vez que esta é instrumento necessário para a realização pessoal dos seus integrantes e para a sua manutenção¹⁵⁶.

OLIVEIRA, ao comentar a respeito da importância da afetividade dentro do novo núcleo familiar, assim assevera:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só será possível caso seus integrantes vivam apenas para si mesmos: cada um é o “contribuinte” da felicidade de todos¹⁵⁷.

Saliente-se que, como substrato da importância da afetividade, nas novas categorias de família atual, tem-se que qualquer componente seu, uma vez reconhecido como membro de tal grupo familiar, rodeado de carinho, amor, solidariedade, compreensão e sentimento de pertencimento, terá promovida,

¹⁵⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>> Acesso em: 18/06/2015.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 19/06/2015.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002, p. 235.

consequentemente, a sua própria dignidade como ser humano¹⁵⁸, de modo a realizar-se como pessoa, alcançando, inclusive, ou até mesmo melhorando, o seu estado de felicidade.

Nesse mesmo sentido, Fachin assinala que o instituto da família sofreu modificação porque (de uma estrutura sólida, baseada na consaguinidade) transformou-se para acolher o vínculo afetivo. Veja-se:

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível¹⁵⁹.

Com relação aos aspectos jurídicos dessa nova visão da família, importante é a lição de LEITE, a saber:

[...], o novo Código Civil, remindo todas as propostas constitucionais de 1988 e recepcionando os microssistemas na nova ordem codificada, resgatou quase que integralmente as grandes expectativas da nação brasileira, as esperanças de todos os segmentos sociais e, o que é mais importante, algumas conquistas científicas que mudaram o perfil do Direito de Família, que marcaram indelevelmente a família do final do século e do início de uma nova era. Prova do que está afirmando, embora restringindo-nos voluntariamente aos aspectos mais reveladores da nova tendência codificada, citaríamos: a substituição da família 'legítima' pelo reconhecimento de outras formas de conjugalidade, paralelas àquele modelo tradicional (por exemplo, o reconhecimento das uniões estáveis em capítulo próprio, arts. 1.723 a 1.727; o reconhecimento do casamento ao lado do casamento civil, arts. 1.515 e 1.516); a diferença de estatutos entre o homem e a mulher, que agasalhava o mais assimétrico tratamento de gêneros, no Código Civil de 16 é substituído pela igualdade absoluta entre o homem e a mulher (arts. 1.565 a 1.568); a categorização dos filhos, com diversidade de estatutos ganha nova dimensão com a paridade de direitos entre os filhos de qualquer origem (art. 1.596); [...]¹⁶⁰.

É por isso que o liame biológico não é mais absoluto e exclusivo nessa relação da nova família (*paterno-maternal-filial*), tendo desaparecido, em termos

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>> Acesso em: 19/06/2015.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 317-318.

¹⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 15.

legais, o modelo tradicional que embasou o Código Civil de 1916, por ausência de fundamentos e critérios da descendência genética para a valorização do elemento afetivo e sociológico da filiação.¹⁶¹ E completa o mesmo autor, em outra obra, que: “o contorno do modelo patriarcal e hierarquizado de família, com sua dimensão transpessoal, dá lugar a um novo modelo igualitário e fundado no afeto”¹⁶².

Aliás, Oliveira, percebe que o afeto é que passa a moldar essa nova família, tornando-se essencial para a sua composição, uma vez que (entende ele) somente tem a família sentido enquanto unida pelos laços de afeto, respeito, amor e consideração, e que, sem esses atributos, a família deixa de existir, tornando-se meramente um elo de direito sem vinculação fática¹⁶³.

FACHIN arremata o assunto a respeito dessa nova moldura de família, inclusive de filiação, não mais baseada nos laços sanguíneos, dizendo que as características da posse do estado de filho “se revela na *nominatio*, na *tractus* e na *reputatio*” e, assim, desvincula-se do modelo antigo, baseado na verdade biológica, para transformar-se numa verdade afetiva a fim de configurar o instituto da filiação e do novo conceito de família¹⁶⁴.

Outra característica marcante dessa nova concepção de família é a solidariedade, que passou a ser percebida, de forma mais evidente, no novo núcleo familiar porque, entre os indivíduos que pertencem ao mesmo grupo familiar, há a colaboração, a assistência, o cuidado, a cooperação, a comunhão de vida, a generosidade, a compreensão, o apoio, o estímulo ao sucesso na vida emocional e profissional, a co-responsabilidade, tudo isso sem deixar de aludir à educação e ao zelo para com os filhos e com cada um dos membros da família, o que tanto é verdade que, para a convivência familiar tornar-se possível, deve existir um ambiente solidário¹⁶⁵.

Na visão de Lôbo, além da Constituição Federal, o próprio Código Civil revela fortes sintomas da presença do princípio da solidariedade no ambiente

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 150-151.

¹⁶² FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 17, 2003, p. 19.

¹⁶³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002, p. 242.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

¹⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios da solidariedade familiar. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3759, 16 Out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 22/06/2015.

familiar atual. Veja-se:

No vigente Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não de um dever oponível ao adotante, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar¹⁶⁶.

Como não bastasse a afetividade e a solidariedade como diretrizes básicas desse atual modelo de família, há o princípio da dignidade humana, o qual, na visão de Sarlet, tem conceituação mais ampla e analítica, pois pode ser definido como *“uma qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”*, sendo, portanto, um conjunto de direitos e obrigações essenciais que assegura ao ser humano proteção contra todo e qualquer ato degradante e desumano a fim de que lhe possa proporcionar garantias e condições existenciais mínimas para uma vida saudável e adequada dentro de uma comunhão com os demais seres vivos¹⁶⁷.

Na visão de Szaniawski, a dignidade humana reflete-se, atualmente, sob dois aspectos: o primeiro, no sentido de proteção da pessoa humana, no que tange à sua integridade física e mental e, no segundo, numa visão mais ampla, a qual confere ao indivíduo *“(...) o direito à autodeterminação, consubstanciado no direito*

¹⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios da solidariedade familiar. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3759, 16 Out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 22/06/2015.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

de ir e vir, de escolher um local para viver e de levar a vida como melhor lhe apraz, segundo o efetivo exercício da cidadania". O mesmo autor completa, aliás, consignando que o conceito de dignidade humana é fluido, multidisciplinar e multifacetário, e confunde-se, inclusive, com o próprio conceito de personalidade, sendo definida esta como um atributo da pessoa humana¹⁶⁸.

Registre-se, outrossim, que o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o pensamento de Barroso:

[...] identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. [...]. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar¹⁶⁹.

BARROSO completa seu pensamento a respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aduzindo que este expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo, extraindo-se dele o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais para tutelar, tais como a liberdade, a igualdade, a personalidade etc¹⁷⁰.

Assim, no campo do Direito de Família, o princípio da dignidade humana tem suma relevância, uma vez que a pessoa humana assume o núcleo axiológico das relações familiares, tendo como cerne a dignidade humana. Convém salientar que se deve partir da ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser interpretados à luz do princípio da dignidade humana, principalmente no que toca, à nova conceituação e funcionalidade da família que surge da plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. Portanto, a família passou a ter sentido, mediante a concretização da dignidade das pessoas que a compõem, independentemente do modelo atual de família¹⁷¹.

Na seara do direito da família, há outro princípio de suma importância, que introduziu modificações profundas na concepção de família. Trata-se do princípio da igualdade entre os cônjuges e entre os filhos. Entre os primeiros, Diniz registra que:

¹⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 140.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

¹⁷⁰ Op. cit., p. 253.

¹⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Boletim do IBDFam**. Belo Horizonte, IBDFam, jul./ago. 2005, p. 10.

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal¹⁷².

Quanto ao princípio de igualdade entre os cônjuges, a Constituição Federal, em seus arts. 5º e 226, de forma explícita, consagrou-o¹⁷³. Diferente não foi, no Código Civil, que ressaltou a igualdade dos cônjuges no art. 1.511, assim enunciado: *“O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”*

Portanto, o princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal e bem recepcionado pelo Código Civil, garante aos membros da família igualdade de direitos e deveres, tendo tanto a mulher como o homem igual direito de direção da família.

No que toca ao princípio da igualdade, com relação aos filhos, a Constituição Federal, por meio do art. 227, de uma vez por todas, sepultou qualquer possibilidade de discriminação entre os filhos naturais (concebidos via método natural), os filhos havidos por meios artificiais (fertilização *in vitro* ou inseminação artificial) e os filhos provenientes de adoção, ou aqueles decorrentes ou não da relação de casamento¹⁷⁴.

Além da Constituição Federal, o Código Civil, em seu art. 1.596, apresenta a mesma redação a respeito da igualdade entre os filhos. Assim, esses dois ordenamentos jurídicos pátrios regulamentam a isonomia constitucional especificamente, ou igualdade em sentido amplo, o que permite dizer que não se deve mais utilizar as expressões filho adulterino ou filho incestuoso e, tampouco,

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

¹⁷³ CF/88 – “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição”. “Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01/07/2015.

filho espúrio ou filho bastardo, uma vez que todas são discriminatórias. Aliás, tal isonomia constitucional e infraconstitucional acaba por repercutir tanto no campo patrimonial quanto no pessoal uma vez que não se admite mais qualquer forma de distinção jurídica¹⁷⁵.

No que se refere ao assunto família, tal princípio visa evitar tratamento discriminatório e diferenciado entre os filhos naturais e os adotivos, podendo a ocorrência de tais hipóteses gerar sérias consequências, tais como a perda do poder familiar e, inclusive, sanções na esfera civil. Assim, quanto a este princípio, não se deve deixar de citar que aos filhos oriundos das técnicas de fertilização *in vitro* ou de inseminação artificial, cuja previsão legal encontra-se no art. 1.597 do Código Civil, em seus incisos III, IV e V, não devem sofrer qualquer distinção¹⁷⁶.

Dessa forma, a partir do que foi exposto, pode-se dizer que não há distinção, atualmente, no conceito de família, por existirem filhos de origens diferentes, devendo tal diferenciação somente existir para fins didáticos meramente como filhos biológicos e não biológicos, não sendo mais permitida qualquer diferenciação com intuito discriminatório. Deve ser lembrado que, atualmente a filiação está pautada, naqueles que a geraram ou que a acolheram e a criaram com base no afeto, na solidariedade e na igualdade, razão pela qual o princípio da igualdade trata todas as origens de filhos existentes de uma mesma forma segundo a nova concepção de família.

Por fim, deve ser ressaltado que as alterações profundas ocorridas na concepção do instituto de família tiveram respaldo da Constituição Federal, porquanto esta expandiu a proteção do Estado à Família, o que, segundo Lôbo, ocorreu sob os seguintes aspectos:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação prevalece sobre a origem exclusivamente biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família

¹⁷⁵ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>> Acesso em: 01/07/2015.

¹⁷⁶ BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 01/07/2015.

configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros¹⁷⁷.

É oportuno dizer que essa nova concepção de família delineada por princípios constitucionais, que ganhou proteção do Estado, serve de garantia para as novas gerações, particularmente no sentido de que no âmbito do Direito de Família não haverá retrocesso. Nesse sentido, vale a pena transcrever o pensamento de Oliveira:

O objetivo da Constituição Federal foi o de explicar que a família, como célula de uma sociedade pluralista, deve avançar cada dia mais na busca de maior coesão, ao mesmo tempo em que seus integrantes ganhem maior liberdade de diálogo e de desenvolvimento de suas aptidões pessoais. O fortalecimento da família, como se vê, não é refratário à inevitável liberdade que seus membros ganham a cada dia que passa. Os valores surgidos e encampados pela Constituição Federal são frutos de um avanço que não pode, jamais, retroceder¹⁷⁸.

Portanto, a concepção de família reconstrói-se, na atualidade, no interesse de proteger seus membros a fim de que possam viver na plenitude de seus direitos, com respaldo no amor, na compreensão, no carinho, no afeto, na solidariedade e na consciência de que pertencem e fazem parte de um grupo familiar. Tudo isso fulcrado em princípios constitucionais, conforme visto alhures, que garantem à família *status* de primordial importância para o ordenamento jurídico pátrio, consagrando-a como fenômeno da “*Constitucionalização do Direito de Família*”.

2.2. – Classificação da Família na Atualidade

Os arranjos e classificações que podem ser encontrados atualmente na nova concepção de família surgiram a partir do momento em que temas como inseminação artificial, igualdade de gênero, autonomia ou não do projeto parental, uniões homoafetivas, uniões livres e outros passaram a ser ponto de pauta e adequação das normas de direito a partir, especialmente, do advento da

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8106-8105-1-PB.doc>> Acesso em: 01/07/2015.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002, p. 276.

Constituição Federal de 1988, a qual pluralizou o conceito de família, que não mais se identifica apenas pela celebração do matrimônio.

Saliente-se igualmente que os atuais modelos de família, na visão de Lôbo, somente devem ser considerados como tais, mediante algumas características comuns, citando para tanto a afetividade como fundamento e finalidade de qualquer arranjo familiar; cita também a estabilidade, excluindo os relacionamentos casuais, esporádicos ou descompromissados, sem comunhão de vida e aduz, por último, a ostentabilidade, a qual pressupõe a existência de uma unidade familiar que se apresente publicamente¹⁷⁹.

Partindo da premissa acima, menciona-se que o art. 226 da Constituição Federal de 1988 abriu um leque muito amplo de hipóteses de entidades familiares, não taxativo, inclusive, porque normatizou o que já se vivia no cotidiano da sociedade, reconhecendo que a família é um fato natural, enquanto o casamento é mera formalidade. Assim, não somente a família oriunda do casamento, mas qualquer outra entidade familiar em que haja manifestação de afetividade passa a merecer proteção e reconhecimento estatal¹⁸⁰.

É importante salientar que não deve haver qualquer tipo de hierarquia entre as modalidades de famílias. A família, conforme regulado na Constituição, é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e por isso não se admite qualquer espécie de discriminação entre suas modalidades¹⁸¹.

Segundo Barboza, quanto às modalidades de família que a Constituição Federal passou a proteger e reconhecer, sem qualquer diferenciação, tem-se a dizer que elas se dão tradicionalmente de três formas: a constituída pelo casamento, a resultante da união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 2º, 3º e 4º). Essa última modalidade tem sido denominada família monoparental e, segundo a doutrinadora acima, não recebeu, ainda, por parte dos intérpretes o merecido tratamento, ensejando dúvidas quanto à sua exata compreensão¹⁸² que, aliás, é o modelo que

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 01/07/2015.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=6792>> Acesso em: 13/07/2015.

¹⁸¹ BARBOZA, Heloisa Helena. **Bioética e discurso científico**: que lugar para a lei? Já podemos dispensar o pai? Rio de Janeiro: DIAG/TJERJ, 2004, p. 23.

¹⁸² Idem.

se encaixa na matéria em estudo, ou seja, na ocorrência de fertilização *in vitro post mortem*. Contudo, já se tem admitido uma quarta modalidade de família, a decorrente da união homoafetiva que, mesmo não tendo norma específica, seu reconhecimento decorre do conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares, ou seja, a afetividade.¹⁸³

Para iniciar a abordagem sobre os arranjos de família, analisar-se-ão as classificações clássicas adotadas pela Constituição, ou seja, mencionando o casamento, a união estável e a família mantida por apenas um dos genitores para ser mencionar, posteriormente, outras classificações que tem suma importância para a presente investigação.

Assim, passa-se a falar, primeiramente, do casamento que, nos dizeres de Silvio Rodrigues, trata-se de *“contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”*¹⁸⁴. Pereira, por sua vez, aduz que o casamento constitui uma *“união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”*¹⁸⁵. Villaça Azevedo afirma que o casamento *“nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do direito”*¹⁸⁶.

FIÚZA aduz que casamento é *“a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família”*¹⁸⁷. Monteiro a seu turno, definiu o casamento como *“a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”*¹⁸⁸.

Na visão de Almada, o casamento tem conceituação e caracterização um pouco mais extensas porque:

¹⁸³ BARROSO, Luíz Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais_171109.pdf> Acesso em: 03/05/2012.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Direito de família**. v. 6, 28 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

¹⁸⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 23.

¹⁸⁷ FIÚZA, César Augusto de Castro. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 604.

¹⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**, v. 2, 37 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

quem contrai núpcias quer assistir e proteger o seu par amoroso e essa expressão do amor é implícita no matrimônio como elemento lógico de sua motivação e finalidades maiores, pois casamento é integração harmônica de predicados, suprimento recíproco de falhas, comunhão de esforços diferenciados, para o atingimento de um fim comum: a felicidade¹⁸⁹.

Portanto, por todos os ângulos que se observa, constata-se facilmente que a família oriunda do casamento, após a Constituição Federal tem preservado algumas características básicas, continuando como um negócio jurídico *sui genesis* ou especial, de forma permanente e solene, com a finalidade, muitas vezes, de procriação, de cuidado dos filhos e de assistência mútua e recíproca entre os cônjuges, sendo sua concepção a mais clássica entre todos os arranjos que dão sentido à família¹⁹⁰.

Contudo, o instituto do casamento perdeu, na atualidade, uma de suas características mais particulares, ou seja, a da “diversidade de sexos”, pois com o pronunciamento do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, passou-se a reconhecer a união homoafetiva como forma de família, com a criação de provimentos de vários tribunais de justiça de estados brasileiros e do próprio Conselho Nacional da Justiça, no sentido de que se faça o casamento civil de casais do mesmo sexo, inegáveis foram os efeitos de tais decisões para o instituto do casamento¹⁹¹.

No que toca à união estável, outro arranjo que amplia o conceito de família passou a ser reconhecido após a promulgação da Constituição Federal. Trata-se, na visão de Fachin, de um fato da vida, uma situação fática reconhecida pelo direito de família, que se constitui ao longo do tempo e em que as partes portam-se como se casados fossem, e com indícios de definitividade¹⁹².

AZEVEDO ressalta que a união estável corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida, contínua e publicamente, semelhante ao casamento, com a intenção de constituir uma família. Aduz também que esse

¹⁸⁹ ALMADA, Ney de Mello. **Manual de direito de família**. São Paulo: Hemeron, 1978, p. 206-207.

¹⁹⁰ LEITÃO, Taís. **Decisão do CNJ sobre casamento homoafetivo é comemorada no Dia Internacional contra a Homofobia**. Agência Brasil. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-17/decisao-do-cnj-sobre-casamento-homoafetivo-e-comemorada-no-dia-internacional-contra-homofobia>> Acesso em: 13/07/2015.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 200-201.

instituto jurídico baseia-se no afeto sem prazo determinado para existir e terminar¹⁹³.

MONTEIRO esclarece que a união estável pode ser definida como relação jurídica lícita, sob a guarda e proteção legal, entre homem e mulher, com o intuito de constituir uma família¹⁹⁴. Ao que dito por Monteiro, Rodrigues acrescenta que a união estável, para se caracterizar e ser melhor compreendida como arranjo familiar, também deve ter como pressuposto a fidelidade recíproca entre os companheiros, haja vista que tal pressuposto constitui elemento que demonstra o propósito da vida em comum e o espírito de casados¹⁹⁵.

DIAS, no que tange à união estável, nos dias de hoje, oferece a seguinte reflexão:

Assim, imperativo incluir no Direito de Família, como espécie do gênero união estável, as relações homossexuais, chamadas de uniões homoafetivas, e que, tanto quanto as uniões heteroafetivas têm por razão de existir o afeto entre os conviventes. Hoje a discriminação não é mais aceitável. Traduz puro preconceito de ordem sexual, banido expressamente pelo inciso IV do art. 3º da Constituição da República. Não se justifica a omissão do legislador, ao consolidar as normas de direito privado. Deixar à margem da lei os vínculos afetivos que não se definem pela diferença do sexo do par, embora haja convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família, é uma postura discriminatória e inaceitável. Mais uma vez, cabe ao Poder Judiciário, invocando o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, aplicar às uniões homoafetivas a legislação que regulamenta o casamento e a união estável¹⁹⁶.

A união estável mesmo assemelhando-se ao casamento em alguns aspectos, constitui outra forma de constituição de família, conforme se observou alhures. Entretanto, merece toda e qualquer proteção jurídica como qualquer outro arranjo familiar, sob pena de discriminação, não permitido no atual estágio do sistema jurídico.

No que toca à família monoparental, trata-se de uma entidade familiar composta por apenas um dos pais, não tendo o outro, por algum motivo,

¹⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 191, 13 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4580>> Acesso em: 14/07/2015.

¹⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**, v 2, 37 ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 30.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**, v.6, 28 ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 259.

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Estável**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf> Acesso em: 14/07/2015.

participação ativa na parentalidade, seja em decorrência de divórcio, seja pelo fato de os pais serem solteiros ou, até mesmo, em decorrência da morte de um deles, ou, ainda, em razão de mulheres utilizarem técnicas de inseminação artificial¹⁹⁷.

Ao mencionar este tipo de modelo familiar, Diniz tece o seguinte comentário:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc¹⁹⁸.

LEITE, por sua vez, define *“uma família é monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”*¹⁹⁹. Nesse sentido, Martins contribui afirmando que família monoparental é a entidade familiar que não deve ser entendida como conjunção do marido, mulher e filhos, mas a decorrente da ausência de um dos pais e seus descendentes. Para ele, a ausência de um dos cônjuges pode decorrer da morte ou da dissolução do vínculo conjugal²⁰⁰.

LISBOA mostra que há a relação monoparental entre:

qualquer dos pais e seus filhos, ante a morte, o desaparecimento ou ausência do outro genitor; qualquer dos avós e seus netos, ante a morte, o desaparecimento ou ausência dos pais; qualquer dos bisavós e seus bisnetos, ante a morte, o desaparecimento ou a ausência dos avós e dos pais; e assim por diante²⁰¹.

DIAS explica que a família monoparental é uma modalidade de família com vários arranjos, tanto que ilustra a autora, por exemplo, por meio do instituto da adoção, uma pessoa solteira adota ou, então, por meio do método da inseminação artificial ou fecundação *in vitro* homóloga, após a morte do marido, em qualquer um dos três exemplos acima, se tem a constituição de uma família monoparental. E

¹⁹⁷ HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, 3, 2001, p. 9. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf> Acesso em: 14/07/2015.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5., 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

¹⁹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 22.

²⁰⁰ MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 8. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 951.

²⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 291- 292.

referida jurista, vai mais longe ainda uma vez que, mesmo que se tenha uma entidade familiar organizada e dirigida por algum parente que não um dos genitores, constitui, igualmente vínculo monoparental²⁰².

DIAS conclui seu pensamento aduzindo que as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda pode ser caracterizadas como uma família monoparental, citando igualmente o fato de que deve haver diferença de gerações entre um de seus membros com os demais e que não deve haver relacionamento de ordem sexual entre eles²⁰³.

Importa destacar que, até aqui, tais entidades familiares, compreendidas, de forma tácita na Constituição Federal, não são os únicos exemplos ministrados, razão pela qual também mensura-se uma quarta classe de entidade familiar, a união entre homossexuais, denominanda, comumente de união homoafetiva e que, a partir dos julgamentos da ADI 4277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já dito alhures, passou a ser reconhecida fortemente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em situação análoga ao modelo familiar de união estável.

Sua conceituação pode ser explicada por meio do pensamento de Fernandes, que assim discorre:

A união homoafetiva é a existente entre pessoas do mesmo sexo, configurando uma relação homossexual. O termo homossexual se deve a junção do prefixo grego *homós* que quer dizer semelhante, com o sufixo latim *sexus*, que se refere ao sexo, sendo, portanto, a relação existente entre pessoas de mesmo gênero. Isto é, o homossexual é o indivíduo que possui o desejo de se relacionar com outra pessoa que possua o mesmo sexo que o seu, sentindo-se o homem atraído por outro homem e a mulher atraída por outra mulher. Neste caso, a pessoa não nega sua formação biológica, apenas possui seus desejos físicos e amorosos inclinados exclusivamente para a pessoa de mesmo sexo²⁰⁴.

Para melhor caracterizar as relações da família homoafetiva, o pensamento de Dias é oportuno:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não

²⁰² DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 184.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 184.

²⁰⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União Homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p. 21.

importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos [...]. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica²⁰⁵.

É mister acrescentar que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que visa coibir a violência doméstica, dá novo conceito à família, uma vez que reconhece na família homoafetiva a necessidade de proteção como em qualquer outro arranjo familiar, inclusive de qualquer um de seus membros, independentemente da orientação sexual²⁰⁶.

A homoafetividade e, por via de consequência, as famílias constituídas por essa modalidade, estão amparadas, na visão de Fachin, pelo princípio fundamental da igualdade, cujo corolário é a proibição de discriminações de qualquer ordem em face da orientação sexual, inclusive sob a garantia do exercício da liberdade individual, cabendo a qualquer membro da família a proteção aos seus direitos de personalidade no que diz respeito (principalmente) à identidade pessoal e à integridade física e psíquica de seus membros sem olvidar a proteção à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, atributos inerentes e inegáveis da pessoa humana²⁰⁷.

Quanto ao referido tema vale a pena lembrar que o Ministro Relator Ayres Britto, na ADI 4277 e ADPF 132 do STF, disse que referidas ações deveriam ser reconhecidas e providas perante a Corte Máxima brasileira, ou seja, reconheceu as relação homoafetivas e, por tal razão, em sua decisão acabou por dizer que o termo

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8985>> Acesso em: 16/07/2015.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de Agosto de 2006** (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 16/07/2015.

²⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95.

homoafetividade tem finalidade de:

[...] dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro²⁰⁸.

Assim, para encerrar a assertiva quanto a união homoafetiva, deve-se dizer que é inegável tal reconhecimento como arranjo familiar, porque havendo afetividade, solidariedade, cumplicidade, assistência mútua, tudo mediante uma relação duradoura e pública, evidente que se está perante um modelo de família que tem direito ao reconhecimento e proteção do Estado.

No que tange aos novos tipos de arranjos familiares, deve-se mencionar que Dias chama de família pluriparental ou em reconstrução à que surge em face do resultado de uma pluralidade de relações parentais, especialmente provocadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e das desuniões, constituindo-se essa nova família pela reconstituição de outras famílias desfeitas²⁰⁹.

FERREIRA e RÖRHMANN a denominam como famílias mosaicos, devido as formas de recompor o núcleo de relacionamento desfeito anterior. Assim, os laços agora existentes não são mais os laços sanguíneos a unir essa nova modalidade de família, mas os sentimentos de amor e de afeto²¹⁰.

HINTZ considera que, nesse novo arranjo, o relacionamento familiar

²⁰⁸ STF. **ADI 4.277 e ADPF 132**, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 04/05/2011, voto do Rel., p. 8 - 9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>> Acesso em: 16/07/2015.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 49.

²¹⁰ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 512-513.

amplia-se devido ao fato de que podem existir filhos, por exemplo, do casamento anterior, de um dos parceiros, ou de ambos, bem como poderão existir filhos da nova união, razão pela qual a referida entidade familiar necessita de maiores cuidados para que possa efetivamente concretizar-se²¹¹.

Por fim, deve-se acrescentar quanto a esse modelo de família pluriparental, que são reconstituídas e nela seus membros assumem novos papéis, uma vez que o novo cônjuge ou companheiro passa a desempenhar a função de cuidar dos filhos do outro cônjuge ou companheiro, sem afastar a figura paterna do pai biológico, sem deixar de mencionar que surgem, nessa nova reconstituição familiar, novos parentes afins, ou seja, novos tios, sobrinhos, primos, avôs etc, formando, conseqüentemente, um mosaico familiar²¹².

No contexto das entidades familiares, devem ser citadas as famílias compostas por uma comunidade formada por vários parentes, entre irmãos principalmente, conforme se vê do seguinte julgado:

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp n. 159.851-SP, DJ de 22.06.98).

BARROS ensina que a família formada entre parentes, ou seja, sem a presença de um dos pais, é chamada de família anaparental. O sentido decorre do prefixo “ana”, de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, caracteriza-se pela família sem a presença dos pais²¹³. Dias esclarece que ela se forma basicamente pela convivência, entre parentes ou pessoas num mesmo lar, “[...] dentro de uma estruturação com identidade de propósito”²¹⁴.

DIAS elucida, ademais, que, na composição dessa família não importa a

²¹¹ HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**, 3, 2001, p. 9. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos,_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf> Acesso em: 19/07/2015.

²¹² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.) **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 275.

²¹³ BARROS, Sérgio Resende de. O Direito ao afeto. In: **Revista Especial Del Rey IBDFAM** - Maio 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/S%C3%A9rgio%20Resende%20de%20Barros>> Acesso em: 19/07/2015.

²¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 49.

igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. E afirma que tios e sobrinhos que vivem em família bem como irmãos e até primos que mantêm convivência familiar são exemplos dela²¹⁵.

Entre as entidades familiares não constantes explicitamente do texto da Carta Magna, pode-se citar a família simultânea ou paralela, que de acordo com Pianovski, à situação refere-se num indivíduo que compõe duas ou mais entidades familiares diversas entre si²¹⁶. Importa destacar que esse arranjo familiar pela doutrina pátria comporta três correntes: uma, mais conservadora, não a reconhece de forma alguma, sob o argumento de que, nesse tipo de união não haveria os deveres de fidelidade e lealdade, ferindo, inclusive, o princípio da monogamia insculpido no art. 1723, do Código Civil Brasileiro²¹⁷; a segunda corrente, tampouco reconhece como família esse tipo de relacionamento paralelo. Contudo, em situações, nas quais um dos cônjuges age de boa-fé, ou seja, não sabendo que o outro é casado ou tem outra família, mesmo que em união estável, nessa situação, essa relação paralela deve ser reconhecida similiarmente a uma união estável. Porém, as uniões, nesse sentido, sem boa-fé, apenas ensejariam direitos obrigacionais em favor daquele que desconhecia a situação de casado ou de união estável existente do outro, idêntico a uma sociedade de fato²¹⁸; A terceira corrente, defendida por Dias, entende que esse arranjo familiar deve merecer tratamento igual a todas as demais entidades familiares, pois, caso contrário, somente favoreceria ao cônjuge infiel, haja vista que este permaneceria com a titularidade patrimonial e ficaria desonerado de qualquer obrigação para com aquele que lhe dedicou a vida, sabendo, inclusive, da desonestidade do parceiro²¹⁹.

A jurisprudência pátria já reconheceu, em pouquíssimos casos, esses arranjos familiares:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. "TRIAÇÃO". ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 193.

²¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5. v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 374-375.

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 331.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 51.

jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e... (TJ-RS - AC: 70039284542 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 23/12/2010, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/01/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARA FINS UNICAMENTE PREVIDENCIÁRIOS- PROVA DA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. RECONHECIMENTO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. Se o relacionamento paralelo ao casamento perdurou até o falecimento do varão e se assemelhou, em tudo, a um casamento de fato, com coabitação, comunhão de vida e de interesses, e resta indubitosa a *affectio maritalis*, é possível reconhecer a união estável putativa, pois ficou demonstrado que a autora não sabia do relacionamento do varão com a esposa, de quem supunha que ele estivesse separado há muitos anos. (TJ-BA - APL: 01246339520058050001 BA 0124633-95.2005.8.05.0001, Data de Julgamento: 04/12/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2013).

Assim, muito embora nos tribunais pátrios e na doutrina não se reconhece de forma majoritária a existência dessas famílias, em alguns casos, estas merecem o amparo legal do Estado, pois tal situação é realidade, no cotidiano brasileiro e, diante das dificuldades que já enfrentam as pessoas envolvidas nesse tipo de relação afetiva, sua regulamentação mostra-se imprescindível em relação aos direitos e deveres decorrentes da união, quando for duradoura, principalmente, afetiva e até pública, como ocorre em vários casos concretos, em que uma mulher sabe, inclusive, da existência da outra.

Por fim, quanto aos arranjos familiares, não se deve esquecer de mencionar a entidade familiar composta de um só indivíduo, unipessoal (o single) e, nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), analisando lides atinentes ao bem de família, assim já reconheceu:

EXTENSÃO PROTETIVA DA REGRA PREVISTA NA LEI Nº 8.009/90: STJ – A Lei nº 8.009/90. O Art. 1º precisa ser interpretado consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor

responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvida ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais, Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. Data venia, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa o sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia* põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-à a interpretação teleológica literal (STJ – 6ª Turma, Resp. 182.223 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, Seção I, 10 de maio de 1999, p. 234).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (STJ, REsp n. 205.179-SP, DJ de 07.02.2000).

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OCUPAÇÃO UNICAMENTE PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.009/90. Segundo entendimento firmando pela corte especial do STJ (Resp n. 182.223/SP, rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros DJU de 07.04.2003, maioria) considera-se como “entidade familiar” para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseado na Lei n.8009/90, a ocupação do mesmo, ainda, que exclusivamente pelo próprio executado. Resp. 625885, rel. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, 17.11.05, DJ 12.12.2005.

No que tange à família unipessoal, Casabona ensina que: *“se torna absurdo imaginar que aquele ou aquela que enviúva deva sofrer duas perdas: a do companheiro e a do status famillae”*. E Casabona apresenta outro exemplo, asseverando que também aquele que era casado e divorciou-se não poderia perder

o seu *status* de família e, por via de consequência, perder o benefício de impenhorabilidade do imóvel onde vive. E arremata propugnando que a pessoa solteira tem potencial para desenvolver uma família e, por isso deveria ser “visto”, como alguém capaz de constituir uma família²²⁰.

Não se olvida, portanto, de que há possibilidade de se reconhecer uma unidade familiar composta por apenas uma pessoa, para os efeitos, principalmente, de eventual penhora de bens, no que toca a proteção da Lei nº 8.009/90. Contudo, para outros aspectos (tais como o potencial para ter uma família com o consequente desejo de ter filhos, ou, até mesmo, o incentivo à casa própria para assegurar-lhe um lugar onde morar) devem ser temas que também podem causar o reconhecimento de tal arranjo como o de uma família.

2.3. Filiação na Atualidade

Com base em tópicos anteriores, pode-se reafirmar inicialmente que, nos dias de hoje, não há mais distinção entre filhos de origens diferentes, fazendo-se tal diferenciação somente para fins didáticos, como filhos biológicos e não biológicos, visto que não mais se permite qualquer diferenciação com intuito discriminatório²²¹.

Assim, deve ser lembrado que a filiação está pautada, atualmente, naqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram com base no afeto, na solidariedade e na igualdade, razão pela qual o princípio da igualdade trata todas as origens de filhos da mesma forma dentro da nova concepção de filiação e de família.

Para melhor compreender o instituto da filiação, deve-se conceituá-lo, inicialmente, dizendo, que, segundo a visão de Diniz, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, podendo ser analogamente, uma relação socioafetiva, porém estabelecida somente entre adotante e adotado, ou de filho advindo de inseminação artificial *heteróloga* e seus pais²²². Para Ferreira, por outro viés, “*filiação é a relação social de parentesco entre genitor, ou genitora, e progeneritura, e que é, ao menos em*

²²⁰ CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (4.: 2004: Belo Horizonte, MG). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-390.

²²¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 227, § 6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23/07/2015.

²²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5 v., 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 426.

*parte, a base da identidade dos novos membros da sociedade e de sua incorporação aos diversos grupos sociais*²²³”.

QUEIROGA conceitua a filiação como o vínculo jurídico entre pais e filhos, advindo tanto de união sexual quanto de inseminação artificial, de modalidades de fertilização assistida e da adoção²²⁴. Rodrigues, por seu turno, define-a como “*a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou que a receberam como se as tivessem gerado*”²²⁵.

Contudo, para a construção da conceituação de filiação, como vista hoje, pode-se dizer que esta teve três momentos distintos: o primeiro, o de uma filiação jurídica legal ou presumida, fulcrada no Código Civil de 1916; o segundo, baseado na filiação biológica, científica ou instrumental, decorrente da evolução tecnológica; e o terceiro e atual momento, embasado na filiação socioafetiva, cultural e finalística moderna²²⁶.

Dessa forma, ou seja, em face dos três momentos distintos da filiação, deve-se lembrar que a filiação jurídica legal ou presumida era vista como a filiação obtida entre marido e mulher casados, a qual era chamada de filiação legítima, inclusive fundamentada no próprio Código Civil de 1916, que definia como filiação legítima a advinda das relações matrimoniais, oriunda de justas núpcias, ou seja, a que se originou na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo, se realizado de boa-fé²²⁷.

A filiação ilegítima, ao contrário, dava-se consoante De Plácido e Silva, como aquela que “*decorre do nascimento de pessoa concebida por pais que não se encontram em casamento legal*.”²²⁸ Obviamente, os filhos nascidos da filiação

²²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

²²⁴ QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 6. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321.

²²⁶ COSTA, Divanir José da. **Filiação jurídica, biológica e socioafetiva**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xBXDNJPIBJAJ:www.amlj.com.br/anexos/article/134/Filia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520jur%25C3%25ADdica,%2520biol%25C3%25B3gic a%2520e%2520socioafetiva.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.>> Acesso em: 23/07/2015.

²²⁷ BRASIL. **Código Civil de 1916**. Art. 367: “*A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo*”. Art.338: “*Presumem-se concebidos na constância do casamento: I - os filhos nascidos cento e oitenta dias após, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - os nascidos dentro de trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 24/07/2015.

²²⁸ SILVA, Plácido de. **Vocabulário Jurídico**. V.I-II. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ilegítima eram discriminados por toda e qualquer ordem. Assim, deve-se notar que, nas duas modalidades acima, a filiação estava ligada intimamente à consanguinidade.

Posteriormente, com os avanços biológicos e científicos, surgiu o segundo momento da filiação, a qual passou de ligada a presunções para se tornar uma verdade biológica, ou seja, com o advento do exame de DNA, a filiação tornou-se científica, ou seja, vinculada ao reconhecimento da génetica entre o pai e o filho. Assim, houve, no campo da filiação, a superação da verdade jurídica pela verdade biológica da filiação, objetivando conceder a cada indivíduo o direito de conhecer sua origem genética, razão pela qual se passou a oportunizar a qualquer indivíduo o direito de saber a respeito de seus ascendentes genéticos, o que fez com que, no início da década de noventa, todos os registros civis de criança que não constasse o nome do pai, o Estado mandasse averiguar para constatação de quem seria o genitor daquela criança²²⁹.

Em uma última e atual concepção da filiação, tem-se o modelo de filiação baseado em laços de afetividade; neste modelo, o que importa é o reconhecimento do vínculo de filiação decorrente do estado de posse de filho. A definição do estado de posse de filho consiste na visão de Gomes, “[...] *um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa*”²³⁰.

No mesmo sentido, Fachin explica que “*no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside antes no serviço e no amor que na procriação*”²³¹.

Para Lôbo, o estado de filiação pode ser visto como:

[...] a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele²³².

BRAUNER assinala que essa posse de estado de filho revela-se pela

²²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, 2 ed. rev. e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 161.

²³⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 324

²³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 163.

²³² LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 23/07/2015.

exteriorização dos fatos nas situações em que existirem pais que assumem funções inerentes à educação e à proteção dos filhos sem qualquer interferência do fator genético nessa relação²³³.

E completa o pensamento acima a doutrina de Nogueira:

[...] as relações entre pais e filhos não se esgotam nem se explicam através da mera consideração física da hereditariedade sanguínea, eles são algo mais, verificam-se no dia-a-dia onde estão presentes alegrias e tristezas, companheirismo, amizade, confiança, cumplicidade, e amor; estes são verificados pelos laços afetivos, que, por mais avançada que se torne a determinação científica da filiação biológica, jamais poderá medir a intensidade de um amor verdadeiro entre pais e filhos²³⁴.

Para arrematar, Fachin acrescenta ao acima exposto, que esse estado de posse de filho ocorre por meio do que a doutrina reconhece como o nome, o trato e a fama. Salienta o autor que esses são os principais dados formadores do conceito de filiação²³⁵.

Ao último momento do reconhecimento da filiação, Dias assegura que a filiação passou a ser reconhecida pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial que prevaleceu sobre a verdade biológica, tanto é que menciona que a expressão dada por João Batista Vilela de “*desbiologização da paternidade*” possibilita o reconhecimento de filhos não biológicos, não sanguíneos, mas formados por uma filiação psicológica, chamada, atualmente, de posse de estado de filho, em que o ponto fulcral nada mais é do que a relação pai e filho, não dependendo mais da relação de sangue, essencial, eis que, a relação paterno-filial pode ocorrer pela relação socioafetiva simplesmente, sendo filiação socioafetiva nada mais do que um gênero do qual existem espécies de filiação biológica e não biológica²³⁶.

Portanto, a respeito do último momento de filiação, tem-se, no modelo da filiação socioafetiva, a que melhor se revela na atualidade e principalmente, no que preceitua a Lei Magna, pois o papel biológico, ou consanguíneo, não tem mais a mesma importância que outrora, uma vez que o que importa efetivamente na

²³³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos contornos do Direito da filiação**: a dimensão afetiva das relações parentais. *Ajuris*, n.78, ano XXVI, p.199-216, jun. 2.000, p. 204.

²³⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 82.

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 156.

²³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 320.

convivência entre pais e filhos é a ocorrência de uma convivência afetiva²³⁷.

Nesse sentido, ensina Fujita que “*filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexiste liame de ordem sanguínea entre eles*”²³⁸.

Para Almada, a filiação socioafetiva nada mais seria do que a manifestação da vontade, edificada sobre pilares de convivência, carinho e responsabilidade que trarão como consequência para esse filho socioafetivo sua formação social, cultural, moral; o que é interessante também para os pais que ensinam e os filhos que aprendem as regras de bem viver, tudo isso independe do vínculo genético²³⁹.

Assim, para efeitos desta tese, a questão da filiação, no atual estágio e até mesmo da família, acaba por demonstrar que a paternidade não mais deverá ser considerada com base na questão biológica, uma vez que, por exemplo, a adoção e as procriações artificiais, conforme já estudado no primeiro capítulo, todos os seus efeitos alterarão, certamente, a ordem natural da evolução humana, seja no aspecto da presunção da paternidade e da verdade biológica, todavia, principalmente, para o surgimento de novos princípios que construirão uma nova relação “*paterno-maternal-filial*” sob a forma de verdade afetiva²⁴⁰.

Registre-se, por oportuno, que essa nova filiação, e até mesmo essa nova família baseada na afetividade, pode formar-se por meio dos exemplos das adoções e das procriações artificiais muito presentes no dia a dia, e, portanto, merecem respaldo jurídico e social. Vale a pena transcrever, nesse sentido, um trecho da obra de Leite que, já em 1995, assim previa quanto às procriações artificiais:

As procriações artificiais estão em estrita conexão com o mundo jurídico; o vínculo que une pais e filhos está em direta relação com os problemas do Direito, na medida em que se questiona qual é a filiação de uma criança concebida através de inseminação artificial, e, em especial, quando se questiona qual é a filiação de uma criança concebida por inseminação artificial *post mortem*, ou qual é a filiação das crianças

²³⁷ Op. cit., p. 334.

²³⁸ FUJITA, Jorge. Filiação na Contemporaneidade. In: CHINELATO, Silmara Juny de Andrade; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (org.). **O direito de família no terceiro milênio: Estudos em homenagem a Álvaro Villaça Azevedo**. Atlas. 2010, p. 475.

²³⁹ ALMADA, Ney de Mello. **Direito de Família**, v.1, [s.l.]:Brasiliense, [s.d.]. p. 23.

²⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 19 e 21.

concebidas por um terceiro doador e não pelo marido. É fundamental que se situem os papéis respectivos da verdade biológica (que é uma verdade objetiva) e da verdade sentimental (ou afetiva) no estabelecimento da filiação. Ou melhor, até que ponto estes vínculos (ou verdades) coincidem com o vínculo jurídico²⁴¹.

E arremata Leite, em outra obra:

E para abordar a filiação face à reprodução assistida é fundamental que se assuma uma postura nova, frente a um novo contexto no qual já é outro modo de ver e encarar a família: onde o mero critério biológico revela-se insuficiente, ou, no mínimo, reducionista²⁴².

Para encerrar o tópico a respeito da filiação, deve ser dito que qualquer modelo (consanguíneo ou afetivo) é válido e merece todo o respaldo jurídico, desde que se façam presentes atitudes de afeto, amor, carinho, compreensão, respeito e, até mesmo, de aprendizado mútuo, na relação paterno-materno-filial.

2.4. Planejamento Familiar e Fertilização in *vitro post mortem*

O planejamento familiar pode ser visto como uma derivação do direito à dignidade humana, uma vez que cabe a todo e qualquer ser humano o direito de fundar uma família bem como entender inerente a essa família o direito de ter filhos, ou seja, é-lhe facultado conseqüentemente o direito à procriação ou de ter filhos por outros meios.

Registre-se que, após a Conferência Internacional do Cairo, em 1994, e de Pequim, em 1995, o direito ao planejamento familiar passou a ter significativo progresso, uma vez que passou a ser reconhecido pela primeira vez, como um direito de qualquer pessoa humana, inclusive, compreendido como o direito de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles. Tudo isso, sem deixar de citar que tal direito passou a ser visto como direito de acesso a informações, instruções e serviços sobre qualquer assunto pertinente ao

²⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: RT, 1995, p. 204.

²⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 23.

planejamento familiar, às técnicas, inclusive, de reprodução artificial²⁴³.

No Brasil, a Constituição Federal tornou-se o primeiro dispositivo a tratar, de forma explícita, a questão do planejamento familiar, regulando tal matéria no art. 226 § 7º²⁴⁴. Assim o texto constitucional atribui ao casal a liberdade de planejar sua família, tendo na figura do Estado apenas um contribuinte no fornecimento da educação e tecnologia para que os cidadãos brasileiros possam vir a exercer tal direito da forma mais coerente e responsável possível.

Após a promulgação da Constituição Federal, surge a Lei 9.263/1996, que veio regulamentar o dispositivo constitucional supracitado, mormente para tentar melhor esclarecer a respeito do planejamento familiar. Saliente-se que o primeiro artigo de referida lei estabeleceu o planejamento familiar como direito oponível ao Estado, no sentido de que o direito de procriar consiste no direito de desenvolver, em concreto, a função de genitor e de genitora²⁴⁵.

O Código Civil de 2002 trouxe à tona, igualmente, manifestação no sentido da autodeterminação do planejamento familiar como direito de cada cidadão. Em especial seu art. 1.513 assim determina: “*É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”²⁴⁶.

Para melhor compreensão do tema convém mencionar que o planejamento familiar é visto como um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também para evitar o crescimento indesejável da família. Nesse sentido, acrescenta Albuquerque:

Além de prevenir a gravidez não planejada, as gestações de alto risco e a promoção de maior intervalo entre os partos, o planejamento familiar proporciona maior qualidade de vida ao casal, que tem somente o número de filhos que planejou²⁴⁷.

²⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 229.

²⁴⁴ CF/88 - Art. 226, §7º da. “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 28/07/2015.

²⁴⁵ Art. 1º da Lei 9.263/1996 – “*O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei*”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em: 28/07/2015.

²⁴⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28/07/2015.

²⁴⁷ PORTAL BRASIL. **Planejamento familiar**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>> Acesso em: 28/07/2015.

BASTOS explica que o planejamento familiar não serve meramente para limitar a procriação, ou demonstrar a falta de consciência das pessoas em educar os filhos; tal instituto importa na faculdade dos cônjuges usarem a liberdade do planejamento familiar, de modo sábio e responsável, considerando, sobretudo, a sua realidade social, sua situação pessoal e a sua vontade de assumir efetivamente uma paternidade ou maternidade²⁴⁸.

BRAUNER mostra o seguinte viés do projeto parental:

O desejo de ter filhos constitui um objetivo a atingir para a maioria das pessoas que chegam a idade adulta. Mas o momento de concebê-los e o número de filhos que pretendem ter é definido e programado antecipadamente pelo casal, no intuito de proporcionar melhores condições de vida a uma prole reduzida e de possibilitar a realização pessoal e profissional de cada um dos cônjuges²⁴⁹.

Portanto, no Brasil, como regra geral, o planejamento familiar foi instituído de forma livre e autônoma para qualquer cidadão. O próprio art. 2º, da Lei 9.263/96, além de conceituar o planejamento familiar, em seu parágrafo único, cita a proibição da delimitação da prole para fins de controle demográfico²⁵⁰.

No que se refere ao planejamento familiar, a cada dia surgem novas técnicas de procriação humana assistida para aquelas famílias que desejam ter filhos, o que acaba oportunizando maior discussão acerca do direito ao planejamento familiar. Segundo o art. 11, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, todos têm o direito de desfrutar dos progressos da ciência e de suas aplicações, desde que não atentem contra a integridade, a dignidade e os direitos humanos do indivíduo²⁵¹.

Nos últimos tempos, com o advento das novas formas de concepção (representadas pelos métodos artificiais, citando-se como exemplo, a própria fertilização *in vitro*) a questão do planejamento familiar suscitou interessantes e polêmicas discussões, particularmente as atinentes ao biodireito e ao interesse de terceiros, como pode ser observado à luz do pensamento de Barboza. Veja-se:

²⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 790.

²⁴⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito da filho à biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado e SILVEIRA, Domingos Dresch da. (Orgs). **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998, p.66.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei 9.263/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9263.htm.> Acesso em: 28/07/2015.

²⁵¹ Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>.> Acesso em: 01/08/2015.

A desindividualização da pessoa humana na contemporaneidade, face à medicina e suas tecnologias, torna-se mais evidente quando consideramos o fato de que os direitos individuais não são absolutos, pois eles convivem com direitos, também, individuais, de outras pessoas, como os parentes, os doadores de sangue ou de espermatozoides e óvulos, as mães de aluguel, o feto e a criança, que vai nascer nos casos de inseminação. Por último, a intervenção das novas tecnologias genéticas implicam no questionamento de sentimentos e valores morais, que representaram durante séculos os alicerces da civilização judaico-cristã²⁵².

Por isso o planejamento familiar em face da fertilização *in vitro*, a *post mortem* principalmente, muito embora não se queira aqui aprofundar no assunto e muito menos tomar uma posição, torna-se instigante, criando várias celeumas no que toca ao próprio futuro do indivíduo concebido pela modalidade de procriação artificial.

Registre-se que a principal discussão quanto a este assunto trava-se no contraponto ao interesse do filho nascido de uma fertilização *in vitro post mortem* de seu genitor, pois, se, de um lado, existe o direito assegurado constitucionalmente de planejamento familiar, uma vez que parece razoável que a mulher, ou, até mesmo, o homem dê continuidade ao projeto familiar iniciado por ambos, desde que o(a) falecido(a) assim tenha autorizado em vida; do outro pode ocorrer de não se observar e respeitar os direitos do filho assegurados pela Constituição, especialmente o direito à convivência familiar²⁵³.

Quanto à referida discussão a respeito da fertilização *in vitro post mortem* e do planejamento familiar, é oportuna a lição de Barboza a seguir:

É sedutor o argumento de que o direito ao planejamento familiar pode ser exercido em qualquer modalidade de família e, portanto, também em família monoparental, denominação que vem sendo atribuída à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, igualmente reconhecida e protegida pela Constituição da República (art. 226, § 4º). Robustece esse argumento o fato de algumas mulheres perderem seus maridos, quando grávidas por processo natural. Inclua-se, por igual, a adoção por uma só pessoa²⁵⁴.

E continua referida autora a aduzir a respeito da fertilização *in vitro*

²⁵² BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

²⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. **Bioética e discurso científico**: que lugar para a lei? Já podemos dispensar o pai? Rio de Janeiro: DIAG/TJERJ, 2004, p. 26.

²⁵⁴ Idem.

homóloga, inclusive a *post mortem*, no projeto monoparental, quanto aos efeitos psicológicos para o filho nascido sem o pai:

Indispensável considerar, para melhor compreensão dos efeitos da inexistência do pai, o entendimento da psicologia sobre tal problema, visto ser o pai sabidamente importante na construção da estrutura psíquica do indivíduo. Ao que se sabe, esta lacuna poderá ser preenchida por outra pessoa que venha a exercer a função de pai. A rigor, porém, as hipóteses não são idênticas: na primeira a concepção se deu em vida do pai, na segunda quando já morto o marido. Não se indaga da paternidade (biológica), esta é certa, independentemente da presunção; mas da conveniência de se promover o nascimento de crianças geradas após a morte do pai. Fará diferença o tempo decorrido entre a morte e a concepção? Estará atendido o melhor interesse da criança? Há interesse da criança ou da mãe? (...). Vai se consolidando, em boa hora, o entendimento de que a figura do pai é muito superior a do mero provedor ou reprodutor. Ao vínculo puramente jurídico, calcado em presunções, estruturadas num sistema de marcantes características patrimonialistas, substituiu-se a tendência, hoje vigente, de prevalência do vínculo biológico²⁵⁵.

LEITE também entende que a fertilização *in vitro post mortem* não se justificaria, uma vez que, segundo ele, não existindo mais casal, não haveria mais motivos para tal fertilização. Alude, ademais, que, em decorrência da fertilização *in vitro post mortem*, essa criança concebida poderá vir a sofrer perturbações psicológicas graves, ante a ausência de seu genitor; e a própria mãe pode tentar preencher com o filho o vazio da morte de seu marido²⁵⁶.

GAMA é igualmente contrário à utilização da fertilização *in vitro post mortem*, aduzindo que tal prática feriria os princípios da paternidade responsável, da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da igualdade entre filhos, explicando que, quanto à paternidade responsável, esta não seria alcançada por entender que o projeto parental não deve ser exercido apenas por ato unilateral da mãe. Em relação ao princípio da dignidade humana, ele propõe que este deva ser aplicado para as futuras gerações, por isso tal atitude estaria prejudicando o filho concebido por fertilização *in vitro post mortem* quanto aos seus direitos pessoais²⁵⁷.

No que toca ao melhor interesse da criança, Gama afirma que tal

²⁵⁵ Op. Cit., p. 26-27.

²⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

²⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 733.

utilização acarretaria efeitos psicológicos graves a essa criança, que já nasceria sem ter qualquer possibilidade de conhecer seu genitor, justificando, nesse mesmo sentido, ao desrespeito ao princípio da igualdade entre os filhos²⁵⁸.

CAGGY tem pensamento diferente do que foi dito acima, ou seja, defende o uso da fertilização *in vitro post mortem*, inclusive utilizando-se da autonomia das pessoas quanto ao projeto parental. Observe-se:

Entendo que a técnica de reprodução artificial *post mortem* deve ser aceita e posta em prática, além do mais, não considero razoável o fundamento da sua não aceitação residir no fato de que a criança ficará confusa psicologicamente. Quantas crianças, não nascem sem pais e, nem por isso, ficam perturbadas ou loucas? E aquelas que nascem no seio de uma família, tida como não tradicional, tais como a família monoparental, ou aquelas que são formadas por casais homossexuais? As crianças possuem a capacidade de entender a situação, desde que devidamente explicada e exposta. De repente, era um desejo do *de cujus*, antes de morrer e também de sua mulher. Não se pode proibir que as pessoas, mesmo depois de mortas realizem aquilo que, em vida não conseguiram, sob o simples fundamento de que 'pode ser que cause esse ou aquele efeito'. Esse tipo de proibição não pode ser fundamentado com simples probabilidades. A utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem* deve ser posta em prática e a sua proibição só vem a afirmar que em alguns pontos, por não haver legislação a respeito, o direito ainda age de uma forma retrógrada²⁵⁹.

No mesmo sentido do que foi sustentando por Caggy, Freitas defende que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura. [...] havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica²⁶⁰.

²⁵⁸ Idem, ibidem.

²⁵⁹ CAGGY, Milena. **Inseminação artificial post mortem**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/9746/1/inseminacao-artificial-post-mortem/pagina1.html>> Acesso em: 10/05/2012.

²⁶⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>> Acesso em: 01/08/2015.

ALBUQUERQUE FILHO sustenta que a fertilização *in vitro*, a *post mortem* inclusive, deve ser aceita, mormente porque “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte²⁶¹”. Posicionamento semelhante é o de Ueda:

[...] Reitero: no meu sentir, de acordo com a posição atual da legislação, entendo que, com base na autonomia da vontade das partes envolvidas, lastreada na razão, é possível a implantação, por ter-se tratado de um projeto familiar decidido e aceito pelo casal e no qual não vejo maiores problemas ao futuro bebê do que aqueles que lhe ocorreriam se o pai fosse vivo e sua mãe morresse no parto, ou se o pai morresse no exato momento em que se realizasse a implantação. [...] ²⁶².

A respeito dessa corrente que defende o uso da fertilização *in vitro post mortem* para dar continuidade ao projeto parental do casal, mesmo que ausente um deles, é oportuno apresentar os ensinamentos de Brauner que se contrapõem ao argumento da primeira corrente acima exposta, afirmando que o direito de ter um pai e uma mãe presente, em certos casos, mesmo assim pode não ser suficiente para se concretizar o bem estar físico e psíquico da criança. Para Brauner, o interesse da criança deve ser preservado, mas de forma alguma isso deverá implicar o não uso das técnicas de procriação artificial e que do resultado de referida técnica não possa vir uma criança a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para esse filho vir a se desenvolver de forma digna e dentro de um ambiente em que se sinta amado e protegido²⁶³.

CHINELATO também comunga da ideia de que em havendo um projeto parental em vida pelo casal, não se pode afastar a inseminação *post mortem*²⁶⁴.

Portanto, os debates acima apresentados são bastante interessantes, inclusive ambas as correntes baseiam-se em fundamentos constitucionais, o que, aliás, ainda mais as enriquecem e tornam mais difíceis os posicionamentos.

²⁶¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. **Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 177. In: FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação Artificial post mortem e seus reflexos no Direito de família e no Direito Sucessório. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224> Acesso em: 01/08/2015.

²⁶² UEDA, Andréa Silva Rasga. A Dignidade e a Solidariedade para com o Zigoto (Embrião) Humano Extra-Uterino: uma nova acepção de entidade familiar? In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 2, fev. /mar. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008, p. 53.

²⁶³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: DORA, Denise Dourado e SILVEIRA, Domingos Dresch da. (Orgs). **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998, p.76 - 77.

²⁶⁴ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

Contudo, para a presente pesquisa, o que se pretendia demonstrar quanto a este tópico é que o projeto parental serve como argumento sólido para a constituição de uma família mesmo que monoparental e decorrente do uso da técnica de fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*.

CAPÍTULO III

PERSONALIDADE DO FILHO ORIUNDO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* POST MORTEM

Neste terceiro momento, pretende-se mencionar as teorias relativas ao termo inicial da personalidade do ser humano, para então construir fundamentos doutrinários a fim de sustentar o foco principal desta pesquisa, ou seja, os efeitos jurídicos da fertilização *in vitro* póstuma quanto ao benefício previdenciário de pensão por morte.

Inicia-se este tópico explicando a distinção entre embrião e nascituro, algumas de suas consequências na órbita jurídica, além de mencionar a questão da personalidade humana no aspecto jurídico a fim de demonstrar as teorias do início da personalidade e compreender os direitos desse ser humano fertilizado *in vitro* inseminado no útero materno, após a morte de seu genitor.

3.1. Noções de Embrião e de Nascituro

Para melhor compreender o tema proposto aqui, entende-se necessária a conceituação de embrião e de nascituro, haja vista que, para o conhecimento das teorias que tentam explicar o início da personalidade humana, o conhecimento de referido assunto é essencial.

O termo “embrião humano” refere-se tanto ao ser após a concepção como ao de oito meses de gestação. Por sua vez, a expressão “nascituro” ou “feto” representa o embrião humano que apresenta órgãos desenvolvidos plenamente, embora no corpo da mulher²⁶⁵.

²⁶⁵KLEVENHUSEN, Renata Braga. RICCOBENE, Bianca. **Estatuto jurídico do embrião humano e pesquisa com células-tronco embrionárias humanas**: aportes críticos aos votos proferidos no

Registre-se que o nascituro é todo ser humano formado e com autonomia biológica própria dentro do útero materno, mas que ainda não nasceu e, portanto, depende ainda de sua genitora para sobreviver²⁶⁶.

Na visão de Dias *“nascituro corresponde ao ente que está dentro do ventre materno, em vias de nascer”*. Afirma, outrossim, que se trata de um ser vivo dotado de carga genética própria e completamente individualizado²⁶⁷.

ALMEIDA ensina que nascituro é a pessoa por nascer e que já se encontra no ventre materno, e a ele são conferidos direitos compatíveis com sua situação diferenciada²⁶⁸.

O termo “embrião” tecnicamente pode ser conceituado como nascituro, mas nem sempre o contrário, dado o fato de que o embrião produzido pela técnica da fertilização *in vitro* e não implantado no útero materno, mas criopreservado em laboratório, não se encaixa no conceito de nascituro²⁶⁹, motivo pelo qual há grande celeuma sobre a referida distinção, em termos de reconhecimento como pessoa no que diz respeito ao início da personalidade.

MEIRELLES, por exemplo, defende que ao embrião, por ter caráter humano, torna-se indispensável um tratamento jurídico específico sobre ele, ainda mais porque há semelhança entre ele e todas as pessoas nascidas, já que ambos passam por etapas iniciais de desenvolvimento humano²⁷⁰.

LEITE vai mais longe quando diz que *“o embrião, desde sua concepção é uma pessoa humana; desde o seu surgimento ele é, potencialmente, um indivíduo, e um dia, se tornará (sic) um ser humano completo cujo destino biológico encontra-se inscrito no ADN”*²⁷¹. E, ainda, cita as palavras de Mémeateu:

Quando um espermatozoide humano fecunda um óvulo humano há, certamente, potencialidade de pessoa, mas,

julgamento da ADI 3510. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2009/12/revista-ambito-juridico.html>>. Acesso em: 17/05/2010.

²⁶⁶ MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. **Caderno Virtual nº 22**. v. 1. 2011, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>>. Acesso em: 12/08/2015.

²⁶⁷ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a Biotecnologia**. Curitiba: Ed. UFPR, 2012, p. 222.

²⁶⁸ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos da personalidade do nascituro. In: **Revista do Advogado**, 1992, p. 26.

²⁶⁹ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a Biotecnologia**. Curitiba: UFPR, 2012, p. 222.

²⁷⁰ Op. cit., p. 223-224.

²⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: Mito ou Realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 1996, p. 134. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/9389/6481>>. Acesso em: 13/08/2015.

sobretudo, surgimento indiscutível de uma vida porque este óvulo fecundado não conduzirá a outra coisa, se não, a um ser humano. Esta vida, porque ela é humana, é, eminentemente respeitável e deve ser protegida desde o seu começo²⁷².

SZANIAWSKI diz que, entre os próprios doutrinadores menos conservadores²⁷³ (que defendem a corrente da teoria concepcionista) somente para alguns deles, o embrião implantado no ventre materno (nascituro) será considerado como pessoa portadora de personalidade e que os demais, ou seja, os embriões criopreservados em uma proveta não são pessoas e, por via de consequência, não teriam qualquer personalidade²⁷⁴.

Menciona Szaniawski que alguns juristas,²⁷⁵ na tentativa de solucionar tal impasse, criaram (quanto à problemática dos embriões humanos e sua condição jurídica) uma espécie de proposição no sentido de dividir a personalidade natural em duas categorias: a primeira, chamada de personalidade formal, atinente àqueles indivíduos que se encontravam meramente concebidos, mas não nascidos e que, após o seu nascimento com vida, adquiririam a outra parte da personalidade chamada de personalidade material. Assim, o nascimento com vida é que tornaria completa e ampla a personalidade do indivíduo. A divisão supracitada significa que tanto o embrião (*in vitro*) como o nascituro (no ventre), teriam, a partir da concepção, adquirido personalidade formal e isso, se refletiria apenas, em direitos não patrimoniais. Na segunda, denominada personalidade material a aquisição da capacidade de direito, ou seja, o nascimento com vida, estar-se-ia diante do reconhecimento de direitos patrimoniais²⁷⁶.

Quanto à distinção entre embrião e nascituro, na ótica de Moura, o nascituro, por estar concebido e com vida intrauterina, tem maior expectativa de nascer e, por via de consequência, tornar-se pessoa, enquanto o embrião, por ter

²⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: Mito ou Realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 1996, p. 135. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/9389/6481>> Acesso em: 13/08/2015.

²⁷³ Francisco Amaral, Maria Helena Diniz, Eduardo de Oliveira Leite, Yves Gandra da Silva, Lilian Pinero Eça, Jussara Maria Leal de Meirelles, José Lamartine Corrêa de Oliveira.

²⁷⁴ SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 168-169.

²⁷⁵ Francisco Amaral, Maria Helena Diniz, Eduardo de Oliveira Leite, Yves Gandra da Silva, Lilian Pinero Eça, Jussara Maria Leal de Meirelles.

²⁷⁶ SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 168-169.

sua existência mantida em laboratório, tem expectativa muito menor de nascer e tornar-se pessoa, razão pela qual se justificaria, em tese, tratamento diferenciado²⁷⁷.

Por fim, deve ser dito, com relação ao nascituro e ao embrião, que existem três correntes doutrinárias a respeito do alcance de sua tutela jurídica, as quais merecem alguns comentários. Uma primeira corrente reconhece o nascituro ou o embrião como pessoa humana exatamente igual, a qualquer outra. Os seus próceres são filiados à corrente dos Concepcionistas, defensores de que a vida começa com a concepção. Por essa razão, o nascituro ou, até mesmo o embrião, goza de proteção jurídica desde o início de sua existência, e a ninguém assiste o direito de interromper, direta ou indiretamente, a vida de um embrião ou nascituro, sob pena de responder por homicídio²⁷⁸. Nesta corrente prioriza-se ou o embrião, ou a mãe, ou a família, fato este que originará, certamente, conflitos de valores e enormes polêmicas²⁷⁹.

A segunda corrente, chamada de teoria genético-desenvolvimentista, defende a ideia de que embrião humano é um “amontado de células”, reconhecendo que, nos primeiros tempos de sua existência, por passar por uma série de fases (embrião pré-implantacional, embrião e feto), esse “amontado de células” não deve ser reconhecido como um ser humano, porque, o referido “amontado de células”, nada mais seria do que algo igual, por exemplo, às células do sangue, podendo ser considerado com uma espécie de material genético²⁸⁰.

Oportuno citar que tal posição doutrinária difere da primeira porque, na primeira, a criança que vai nascer é “projetada” por antecipação à realidade embrionária inicial enquanto na segunda, o que se vislumbra é uma diferenciação clara entre embrião e criança, pois o embrião é meramente uma “coisa”, que poderá

²⁷⁷ MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. **Caderno Virtual nº 22**. v. 1. 2011, p. 7. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>>. Acesso em: 12/08/2015.

²⁷⁸ “O Direito Penal sempre reconheceu ser o embrião e o nascituro pessoas, sujeitos de direitos, sendo sua vida e seu direito de nascer devidamente protegidos, constituindo-se a interrupção da vida, antes do nascimento, no delito de aborto. Muitos códigos penais, a exemplo do Código Penal Suíço, inscrevem o aborto como um crime contra a vida, ao lado do infanticídio e do homicídio, ou seja, constitui-se em um delito contra a vida de um ser humano que possui o direito de nascer. O Código Penal brasileiro, acertadamente, dispõe sobre o crime de aborto nos arts. 124 a 128, incluindo-o como delito contra a vida” (SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 166).

²⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: Mito ou Realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 1996, p. 125 - 126. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/9389/6481>. Acesso em: 13/08/2015.

²⁸⁰ Op. cit., p. 126-128.

tornar-se uma pessoa. Por fim, deve ser mencionado que referida a posição doutrinária é mais aceita no campo da medicina²⁸¹.

A terceira posição doutrinária a respeito da tutela jurídica do embrião respeita as duas anteriores; defende, porém, que estas seriam insuficientes quando analisadas, isoladamente. Essa corrente enxerga no embrião, desde o seu início, não uma autonomia humana, como defende a primeira corrente e, muito menos, uma autonomia biológica, como pretende a segunda corrente, mas, ao contrário das duas correntes acima, defende uma autonomia “embrionária”, não admite que se reconheça nele durante sua formação e desenvolvimento um ser humano dotado de personalidade e, muito menos meramente como uma coisa²⁸².

Tal posição doutrinária preconiza que, como categoria original, o embrião *“só se desenvolverá sob a condição de ser inteiramente ‘inscrita’ e ‘envolvida’ na própria existência da mãe, ‘incluída’ nela e ‘carregada’ por ela”*. Por isso, se diz que há no embrião potencialidade de pessoa²⁸³.

Para os adeptos dessa corrente “papel e responsabilidade ‘procriadora’” é que faz aperfeiçoar-se no direito o dever de “gerar” o embrião, não se esgotando, para essa corrente, o reconhecimento e a tutela do embrião na concepção nem na origem biológica, mas no fato de que *“no útero materno, o amor de pai e mãe decide a existência de um ser em formação”*²⁸⁴.

Por fim, deve ser consignado que, na visão de Leite, essa posição doutrinária está *“centrada sobre a responsabilidade dos pais, não há mais que se falar em “direitos do embrião”, mas antes de “direitos” específicos, adaptados ao estatuto do ser embrionário”* (sic)²⁸⁵.

Ao nascituro, pelo fato de estar dentro do ventre materno, o reconhecimento da personalidade é muito mais fácil de ser aceito pela doutrina do que a situação do embrião extracorpóreo. Aliás, o próprio Código Civil já consagra tal proteção ao nascituro. Contudo, para o embrião criopreservado, o caminho é um pouco mais difícil, porém, há vários pensadores do direito que o reconhecem na mesma condição que o nascituro. Para tanto, Barrachina, assim se manifesta:

²⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: Mito ou Realidade? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 1996, p. 126 - 128. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/9389/6481>>. Acesso em: 13/08/2015.

²⁸² Op. cit., p. 128 - 129.

²⁸³ Idem. Ibidem.

²⁸⁴ Op. cit., p. 130.

²⁸⁵ Op. cit., p. 131.

“No tiene sentido, diferenciar entre embrión anidado em el útero femenino ou embrión sin anidar. Su situación es posicional pero no esencial y no afecta a sua cualidad o condición. La única diferencia es la mayor viabilidad que tiene, hoy por hoy, el que se halla alojado em la matriz: em el punto de partida está ya, embrionariamente, todo lo que es el hombre”²⁸⁶.

Destarte, como o objetivo deste tópico era demonstrar a conceituação entre o embrião e o nascituro e iniciar uma discussão a respeito dos efeitos legais de uma eventual diferenciação técnica, pode-se observar que o tema é complexo, permeado de controversas. Contudo, para melhor posicionar essa tese, a mesma adota posicionamento de que não há diferenciação em termos de proteção jurídica para o embrião criopreservado e o implantado no útero materno (nascituro), ou seja, defende-se que, a partir da fecundação intra ou extrauterina, com a fusão genética do espermatozoide com o óvulo, já se constitui um novo ser, o qual deve ser dotado de toda e qualquer proteção jurídica.

3.2 . Personalidade Humana e Direitos da Personalidade

Para melhor entendimento, o presente tópico tratará da categoria de direitos, com a nomenclatura de Direitos da Personalidade, haja vista que tal nomenclatura é utilizada pelo Código Civil²⁸⁷.

Importa destacar que este tópico não discutirá tampouco a natureza dos direitos da personalidade, na órbita pública ou privada, até porque tal discussão já foi superada, tendo em vista que atualmente não se mostra adequada tal divisão para fins de proteção da pessoa humana, uma vez que se exigem, hodiernamente, instrumentos de promoção da pessoa humana em qualquer relação jurídica de que esta participe, seja na esfera privada ou pública.²⁸⁸

Salienta-se que, com a constitucionalização do direito privado e com o deslocamento de matérias que pertenciam, antigamente, ao Direito Civil com

²⁸⁶ BARRACHINA, Maria Dolores Vila–Coro. **Introducción a la Biojurídica**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 101.

²⁸⁷ BRASIL; Código Civil: Capítulo II – DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19/08/2015.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo (coords). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41.

exclusividade houve para as constituições alterações dos valores da ordem social e jurídica, o que permite sustentar-se o fim da distinção entre público e privado²⁸⁹.

Tampouco será discutido aqui, se referidos direitos da personalidade são direitos subjetivos ou objetivos, até porque muito se discutiu a respeito e a corrente majoritária entende que tais direitos são subjetivos para qualquer ser humano²⁹⁰.

Adentrando ao assunto do presente tópico, deve ser advertido preliminarmente que, ao conjunto de caracteres do próprio indivíduo é que se chama personalidade humana²⁹¹. Para Telles Júnior personalidade “*é um conjunto de caracteres próprios de um determinado ser humano*”²⁹². Para Pereira, por seu turno, personalidade nada mais é do que um “*atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica*”²⁹³.

SESSAREGO entende que personalidade é o conjunto de atributos e características que permite individualizar a pessoa na sociedade. E acrescenta que a personalidade “*é tudo aquilo que faz que cada qual seja ‘ele mesmo’ e não ‘outro’*”²⁹⁴.

A personalidade humana, nos dizeres de Szaniawski, é complexa, não devendo ser analisada de maneira simplista, sem observar o seu conteúdo e seus elementos; entretanto, tal análise deve ser limitada para a proteção da personalidade com o fito do seu livre desenvolvimento. Importa destacar que, segundo a visão de Szaniawski *apud* Hubmann, a personalidade humana é composta por três elementos essenciais, **a dignidade**, **a individualidade** e **a pessoalidade**, as quais culminam por constituir o indivíduo, o qual terá um caráter

²⁸⁹ LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica**. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 99.

²⁹⁰ Vide obras de CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 1995. p. 148–152; DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 27; SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 72-79; FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile** italiano. Roma: Athenaeum, 1921, v. 1, parte 1, p. 397 e ss.;

²⁹¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.70.

²⁹² TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 2 ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 297.

²⁹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1, 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 214.

²⁹⁴ SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 113.

próprio que lhe permitirá desenvolver-se a fim de alcançar seus objetivos como ser humano²⁹⁵.

ASCENSÃO afirma que a **dignidade humana**, como elemento essencial da personalidade é o ponto inicial do ordenamento jurídico da atualidade e implica que a cada homem sejam atribuídos direitos (justificados e impostos por tal princípio) que assegurem essa dignidade na vida, a fim de proporcionar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade²⁹⁶.

Ademais, deve ser dito que a dignidade humana, por meio de sua perspectiva principiológica, logra servir de substrato normativo e axiológico a todos os demais direitos não patrimoniais, que são os direitos da personalidade²⁹⁷.

SOUSA também aduz que, por intermédio da dignidade humana, originária da característica da humanidade, o ser humano como um todo poderá realizar sua *“tarefa de criar cultura, de realizar os valores éticos e de se construir a si”*²⁹⁸. Assim, tem-se no princípio da dignidade humana, notadamente nas relações jurídicas do ser humano, a priorização da pessoa em sua personalidade e, por via de consequência, em seu livre desenvolvimento.

Quanto à **individualidade**, Szaniawski ensina que ela *“consiste na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificada, que possui um caráter próprio, que todo o indivíduo traz consigo ao nascer”*. E complementa dizendo que esse caráter próprio evolui e completa-se por intermédio da educação, do desenvolvimento moral e espiritual que cada ser humano adquire no decorrer da vida²⁹⁹.

Nos dizeres de Sousa, essa individualidade consiste também no depósito dos caracteres próprios de cada homem, por força do qual é distinguido entre os demais como um ser dotado de originalidade e irrepetibilidade³⁰⁰.

²⁹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.114.

²⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral I, introdução, pessoas, bens**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

²⁹⁷ LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica**. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 91.

²⁹⁸ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 144.

²⁹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.114 - 115.

³⁰⁰ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 144.

No que se refere à **personalidade**, por outro viés, deve ser apontado que ela traduz-se pela relação que o ser humano tem com o mundo exterior e com os outros seres humanos, com a sociedade e com todos os valores que lhe proporcionam sua afirmação como ser, na defesa, inclusive, de sua individualidade.

³⁰¹

Diferente não é o pensamento de Sousa a respeito desse elemento essencial para a personalidade humana, preconizando que a personalidade consiste numa estrutura delineada na personalidade humana inerente ao homem, como indivíduo e que faz com que este permaneça em constante relação com outros homens e o restante do mundo e com os seus valores, podendo, assim defender-se e ter sua autonomia³⁰².

Partindo do pressuposto acima, pode-se concluir, particularmente no aspecto jurídico, que a personalidade humana está voltada para os direitos inerentes à pessoa humana, ligados, de maneira permanente e duradoura, sem vínculos com fatores patrimoniais, sendo, portanto inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Na visão de Rodrigues, podem ser citados exemplos como o direito à vida, à liberdade física e intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e à sua honra³⁰³.

No sentido jurídico, pode-se afirmar que a personalidade humana é a aptidão que tem todo homem, por força da lei, de exercer direitos e contrair obrigações³⁰⁴. Na visão de Szaniawski, outrossim, a personalidade humana é vista como um bem, inclusive o primeiro, por meio do qual a pessoa pode adquirir e defender todos os demais bens. Dessa forma, deve-se advertir que a personalidade humana constitui o bem primeiro, inerente à vida, à dignidade humana, à liberdade, à honra, à intimidade etc, denominando-se o cuidado e garantia dados a esses bens primeiros de qualquer pessoa humana de “direitos da personalidade”³⁰⁵.

Quanto ao seu aspecto jurídico, Sousa define a personalidade humana como:

³⁰¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 115.

³⁰² SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**, Coimbra: Almedina, 1995, p. 144.

³⁰³ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

³⁰⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo: Rideal, 1995, p. 437.

³⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.70.

[...] o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados³⁰⁶.

Por consectário, entende-se as garantias ou proteção primeiras dos seres humanos que recebem a denominação de direitos da personalidade. Sob a ótica de Barreto, o conceito de direitos da personalidade está atrelado a *“cada uma das expressões determinadas do poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre partes da sua integridade física, psíquica e intelectual”*³⁰⁷, inclusive dizendo tratar-se das condições mínimas para garantir a dignidade da pessoa humana, propondo, *“[...] pela redefinição de personalidade como atributo jurídico que transcende à noção insular de pessoa, de ser humano, ou titular, ou de sujeito de direitos, marcadamente patrimoniais”*³⁰⁸.

DE CUPIS assim apresenta os direitos da personalidade:

[...] é reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam, precisamente os direitos da personalidade³⁰⁹.

Para França, os direitos da personalidade referem-se *“às faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, as suas emanções e prolongamentos”*³¹⁰.

Entretanto, deve ser dito que conceituar, ou, até mesmo, definir os direitos da personalidade não se mostra uma tarefa fácil, dado o fato de que, na visão de De Cupis, *“os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento jurídico, tal*

³⁰⁶ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina. 1995, p. 117.

³⁰⁷ BARRETO, Wanderlei de Paula, In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Tereza (Coords.). **Comentários ao código civil brasileiro**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.1, p. 107.

³⁰⁸ BARRETO, Wanderlei de Paula, **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

³⁰⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

³¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade I (verbete)**, Enciclopedia Saraiva de Direito, v. 28, São Paulo: Saraiva:1977-1982, p. 140.

*como quaisquer outros direitos subjetivos, portanto, sujeitam-se igualmente às mesmas variações axiológicas quanto à sua essencialidade*³¹¹.

É por isso, que o direito da personalidade sofre ressignificação em conformidade com as mudanças da sociedade devendo, para tanto, acompanhar todo e qualquer fenômeno de “mutação social”. As alterações e reconstruções de conceitos permitem o alcance de novas formas instrumentais flexíveis e idôneas de abranger as diversidades, sendo considerado como um conceito plural de direito da personalidade, compatível com uma sociedade plural alforriada de aprisionamentos a modelos abstratos e totalizantes³¹².

Menciona-se também que os direitos da personalidade são direitos essenciais concedidos, naturalmente, a toda e qualquer pessoa pelo simples fato de existir e de estar vivo. Tais direitos afloram com o simples aparecimento do sujeito de direito, indissociados da pessoa, e ao negá-los, estar-se-ia negando simplesmente o valor fundante do atual modelo de ordenamento jurídico, uma vez que o direito da personalidade, como dito acima, trata-se de uma espécie do gênero principiológico da dignidade humana, o qual consiste no verdadeiro substrato normativo e axiológico de todos os demais direitos não patrimoniais³¹³.

A essencialidade, segundo Cifuentes, é também, uma característica marcante do direito da personalidade porque, se o ordenamento jurídico não conhece o direito da personalidade, em qualquer uma de suas modalidades, todos os atos derivados ou eventuais certamente perderiam sentido para o indivíduo, já que este deixaria de ser uma pessoa³¹⁴.

Os direitos da personalidade consistem em direitos que possuem um caráter absoluto, dado o fato de que são direitos naturais em face da existência do ser humano no mundo natural, independentemente da existência do ordenamento jurídico porque, em razão da sua superioridade, afigura-se como uma precondição à existência de todos os demais direitos³¹⁵.

³¹¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 25.

³¹² LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica**. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 107-106.

³¹³ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 78-79.

³¹⁴ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 181.

³¹⁵ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81.

No dizer de Cifuentes, caracteriza-se como um “*poder jurídico de exclusão*”, que consubstancia um poder de enfrentamento contra todos os membros de uma comunidade para impedir qualquer “*turbação ou ofensa*”³¹⁶.

Os direitos da personalidade possuem também um caráter inato, uma vez que são originários do sujeito de direito simplesmente por estar vivo ou pelo simples fato de ser³¹⁷.

CIFUENTES acrescenta a esse caráter inato o fato de que a ordem jurídica, ao outorgar a personalidade, atribuiu direitos relacionados à existência do ser humano, e que se encontram aderidos à própria materialidade vivente do ser humano, tais como a vida, o corpo, a honra, a liberdade, etc, e por isso inatos³¹⁸.

A vitaliciedade também se faz presente como característica dos direitos da personalidade porque, notadamente, a personalidade é fruto da criação humana; logo, pode-se dizer, a princípio, que, por força da concepção, surge a personalidade, a qual se justifica por todo o período da extensão de vida do ser humano³¹⁹.

CIFUENTES soma, a tal característica a vitaliciedade, mencionando que, enquanto o ser humano viver, não lhe pode faltar em um instante sequer os direitos da personalidade, acrescentando que, enquanto o ser humano respirar, é impossível conceber a ausência de sua honra, de sua liberdade, de sua integralidade física, psíquica etc³²⁰.

Outra característica marcante nos direitos da personalidade refere a sua necessariedade, haja vista que nasce com a pessoa e por toda a vida a acompanha, porém distingue-se dos demais direitos porque não se perde durante a vida do ser humano e não necessita da existência de um Estado para ter um ordenamento jurídico que o assegure³²¹.

Por outro norte, pode ser dito que os direitos da personalidade têm a característica de se tratar de direitos extrapatrimoniais, particularmente porque as manifestações quanto a referidos direitos têm como objeto atingir a própria existência do ser humano em seus aspectos mais vitais, tais como a honra, a liberdade, a sua integridade física, mental e intelectual, não refletindo direta e

³¹⁶ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 188.

³¹⁷ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano**: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82.

³¹⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 176.

³¹⁹ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano**: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83-84.

³²⁰ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 179.

³²¹ Op. cit., p. 180.

primeiramente sobre o aspecto econômico, pois a ofensa dá-se sobre um bem interior do ser humano³²².

Os direitos da personalidade têm também como característica o fato de ser um direito interior, ou seja, o seu objeto está ligado à interioridade do ser humano, haja vista que o sujeito e o seu objeto mostram-se interligados a fim de que se possa dar-lhe proteção de modo que este venha a desenvolver todas as suas qualidades como ser humano³²³.

Por derradeiro, quanto às características dos direitos da personalidade, pode ser dito que a indisponibilidade³²⁴, a irrenunciabilidade³²⁵ e a intransmissibilidade,³²⁶ são também consideradas como características uma vez que, se os direitos da personalidade são essenciais a qualquer indivíduo, eles não podem, obviamente, ser frutos de disposição do próprio sujeito de direito, mesmo que isso fosse, inclusive, seu desejo, pois são inerentes a ele, decorrentes da ligação íntima de ser titular de sua personalidade, sendo necessário para sua própria sobrevivência como ser humano pertencente ao mundo, para seu desenvolvimento e sua própria realização como pessoa³²⁷.

Partindo dessas premissas supramencionadas, pode-se dizer, portanto, que a personalidade humana corresponde ao complexo formador do ser humano, o qual lhe possibilita a existência dentro do contexto social, cultural e organizacional de uma comunidade, de um Estado e, até mesmo, de uma nação, não sendo necessário nem mesmo, a princípio, estar assegurado dentro de um ordenamento

³²² Op. cit., p. 185.

³²³ Op. cit., p. 182.

³²⁴ Segundo De Cupis: “Os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do seu titular. Incluem-se, por isso, naquela categoria excepcional de direitos sobre os quais o sujeito não tem poder jurídico, e que, segundo a solução que se dá ao problema, podem classificar-se como direitos com conteúdo mais restrito que o normal, ou como direitos que não são acompanhados por uma faculdade paralela de disposição. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual tanto como a própria personalidade. DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 51.

³²⁵ De Cupis quanto a esta característica assim discorre: “Os direitos da personalidade não podem ser eliminados pro vontade do seu titular – é o que costuma exprimir-se geralmente dizendo que os direitos da personalidade são irrenunciáveis”. DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 52.

³²⁶ Nos dizeres de De Cupis: “[...] a intransmissibilidade reside na natureza do objeto, o qual, como já dissemos, se identifica (sic) com os bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexa que pode dizer-se de natureza orgânica. Por força deste nexa orgânico o objeto é inseparável do originário sujeito: a vida, a integridade física, a liberdade, a honra e etc.” DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 48.

³²⁷ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano**: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85 -86.

jurídico. Aliás, tal modalidade de direito pode ser vista como precursora dos demais direitos inerentes a qualquer ser humano.

Oportunamente, resta aduzir que, da personalidade humana refletem algumas tutelas jurídicas, as quais devem ser interpretadas pela sua enumeração exemplificativa, e não taxativa³²⁸. Tanto que o manejo de tais tutelas deve ser operacionalizado de forma que possam vincular dentro dos sistemas jurídicos como uma cláusula geral³²⁹ contida em normativos específicos de cada país³³⁰.

A cláusula geral de personalidade predomina em relação à concepção *numerus clausus* de direitos da personalidade, na maioria das ordens jurídicas, como é o caso de Portugal (art. 6 da Constituição), da Alemanha (§ 823, I, do BGB), da Itália (art. 2º da Constituição) e, mais recentemente, no Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal)³³¹.

Contudo, a título de exemplificação, ou para fins didáticos, o direito da personalidade pode ser reconhecido e classificado. Sousa, por meio dos exemplos da vida humana, do corpo e seus elementos básicos justifica seu posicionamento, dizendo que: o somático, a psique e a saúde, o espírito e seus sistemas fundamentais, tais como os sentimentos, a inteligência e a vontade e, ainda, a capacidade criadora do homem e as criações fazem parte de uma dimensão relacional, a qual ele denomina de “eu-mundo”, e nela identifica uma personalidade humana formada pela identidade, liberdade, igualdade, existência e segurança, honra, reserva do ser particular e da vida privada e desenvolvimento da personalidade e, portanto, tudo isso deve ser tutelado dentro do direito da personalidade³³².

SZANIAWSKI, ao criticar a divisão feita quanto os direitos da personalidade, afirma que alguns doutrinadores apontam os direitos da

³²⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 228.

³²⁹ “*Las clausulas generales permiten que el sistema jurídico se adecue al passo del tiempo y, sobre todo, que se pueda tutelar a la persona humana de modo unitário e integral. Las cláusulas generales hacen posible que la jurisprudência, en ausência de específicos derechos subjetivos, encuentre los fundamentos normativos de pronunciamientos tendientes a proteger la personalidad*” (SESSAREGO. Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992, p.46).

³³⁰ SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 44-52.

³³¹ SANTOS, Roseli Rêgo. **Direito à identidade pessoal e genética: suas implicações na inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33551-43458-1-PB.pdf>> Acesso em: 02/09/2015.

³³² SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina. 1995, p. 203-359.

personalidade de forma geral como se fosse visualizado, a partir de um modo unitário, ou seja, como um único direito que emana da personalidade humana, e a outra divisão como direitos de personalidade tipificados, os quais se originam a partir de um fracionamento da categoria em múltiplos tipos, de acordo com os atributos da personalidade, podendo essa última divisão subdividir-se em dois grandes grupos, em direitos de personalidade públicos³³³ e em direitos de personalidade privados³³⁴.

DE CUPIS também cita e classifica algumas tutelas jurídicas referentes ao direito da personalidade, pois reconhece, no direito da personalidade, o direito que respeita os indivíduos como tais, considerando esses direitos como um círculo de fins, pelo simples fato de serem seres humanos. Assim, na sua visão, o direito à vida e à integridade física; direito sobre as partes do corpo e sobre o cadáver; direito à liberdade; direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); direito a identidade pessoal (direito ao nome, ao título, ao sinal pessoal); direito moral de autor³³⁵.

SOUSA *apud* HUBMANN classifica os direitos da personalidade em três grupos. Em sua visão, o primeiro complementa os valores relacionados ao desenvolvimento da personalidade, vinculados às liberdades de ação, aspiração e criação, em geral, de associação, de manifestação de pensamento, de reunião, entre outras. O segundo grupo, ao seu turno, contempla aquilo que ele definiu como “a *equipagem do indivíduo*”, segundo os valores estruturadores do direito sobre a personalidade, e vinculados à existência, espírito, vontade, vida sentimental, vida anímica, relações pessoais. Por fim, o último grupo seria integrado pelos valores vinculados à individualidade, segundo três esferas, a individual, a privada e a secreta³³⁶.

³³³ “Os direitos de personalidade públicos seriam aqueles direitos inerentes à pessoa humana previstos e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e demais convenções internacionais. Segundo os partidários dessa tese, teriam os direitos públicos de personalidade por escopo a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou, ainda, objetivam a defesa da sociedade, considerada como um todo, das agressões praticadas por certos particulares”. (SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.87).

³³⁴ “Os direitos de personalidade privados abrangem os direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade. Seriam os mesmos direitos de personalidade públicos, porém, tratados sob o ângulo do direito privado, nas relações dos particulares entre si, visando a proteção do indivíduo frente às agressões de outro particular”. (SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.88).

³³⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

³³⁶ SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina. 1995, p. 147-148.

CIFUENTES propõe uma divisão tripartite dos direitos da personalidade, a qual se compõe pela integridade física, pela liberdade e pela integridade espiritual. Da integridade física fazem parte todos os direitos que permitem à pessoa exercer suas faculdades sobre o corpo, quanto ao seu desenvolvimento e, em especial, ao aproveitamento e à defesa deste. Ele defende que, nesta modalidade, estão a própria vida com a existência vital do corpo e suas partes, a saúde e os meios para preservá-la bem como o destino do cadáver. No que tange à liberdade, por outro lado, defende que esta tem muitas variações, uma vez que se conectam, desde o movimento (poder de livre locomoção), a expressão de ideias e pensamentos bem como a realização de atos jurídicos etc. No campo da integridade espiritual, tem-se nesta modalidade a honra, a imagem, a intimidade, a identidade e o segredo³³⁷.

ASCENSÃO também identifica três núcleos que caracterizam a personalidade humana, a saber:

1. os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade. Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física.
2. os direitos à individualidade. São direitos pelos quais o homem se demarca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projeto pessoal.
3. os direitos ao desenvolvimento da personalidade. Compreendem-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto que o homem deve realizar em comunhão mas também em autonomia³³⁸.

ALMEIDA classifica os direitos da personalidade em quatro categorias fundamentais, considerando o direito à vida como categoria autônoma, não fazendo parte do direito à integridade física, por ser um direito condicionante, do qual dependem todos os demais. Assim, para ela, a divisão fica da seguinte forma: direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade moral e direito à integridade intelectual³³⁹.

Contudo, é oportuno pontuar que inúmeros tipos de direitos da personalidade não estão classificados pela doutrina, nem presentes na legislação. Szaniawski cita, como exemplo, o direito à qualidade de vida, o direito à identidade

³³⁷ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 229.

³³⁸ ASCENSÃO, J. Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 342. 1998, p. 128.

³³⁹ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro. In: **Revista Scientia Iuris**. v. 7/8, 2003/2004. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105/9819>>. Acesso em: 01/09/2015.

genética, o direito à identidade e opção sexual, o direito ao conhecimento da própria origem genética, o direito à procriação mediante reprodução assistida³⁴⁰. Assim, faz-se, mais uma vez, mister citar a respeito da cláusula geral protetora da personalidade humana, a qual possibilita em situações não tipificadas em lei os direitos inerentes à personalidade humana e que devem ser tutelados irrestritamente.

Para efeitos da presente pesquisa os aspectos jurídicos da personalidade humana são importantes, notadamente para proteção do ser humano quanto ao reconhecimento dos mais elementares direitos. Para o presente estudo da fertilização *in vitro post mortem* e seus efeitos no direito previdenciário, especialmente na pensão previdenciária por morte todos os ensinamentos acima apresentados certamente possibilitarão melhor compreensão e fundamentação do referido assunto.

3.3 Teorias do Início da Personalidade Humana

Para iniciar as discussões sobre a personalidade humana, mister se faz apresentar algumas linhas gerais a respeito do assunto, traçadas por alguns doutrinadores estrangeiros, especialmente aqueles que influenciaram algumas construções doutrinárias brasileiras.

Ao analisar a questão sobre o início da personalidade humana, Degni defende que, antes do nascimento, não há que se falar na existência de personalidade para o nascituro, haja vista que ele entende o nascituro como uma espécie de *spes hominis* (*esperança de homen*), para este reservados direitos eventuais e futuros, tendo em vista seu possível nascimento. Aliás, defende que esses direitos futuros e eventuais devem ser interpretados, restritivamente porque, segundo ele, a capacidade jurídica não deve ser reconhecida, de forma genérica, ao nascituro³⁴¹.

Na visão de Sacchi, os direitos atribuídos ao nascituro entram na categoria de “direitos sem sujeitos”; para justificar sua resposta, cita Chironi e Abelo,

³⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.123.

³⁴¹ DEGNI, Francesco. **Le persone fisiche e i diritti dela personalità**, in *Trattato Dir. Civ.* v. 2, T. 1. Torino: Utet, 1939, p. 3.

os quais explicam que a lei por ficção determina capacidade jurídica ao nascituro concebido, ficando, entretanto, subordinados tais direitos ao nascimento com vida, pois, somente assim, terão efeitos definitivos. Em caso de não nascimento, o nascituro é, meramente, um possível sujeito futuro de direito³⁴².

RESCIGNO entende que, mesmo que se reconheçam, por lei, alguns direitos ao nascituro, eles não são capazes, por si só, de antecipar a personalidade àquele, haja vista que é adepto de que o nascimento com vida seria condição essencial para a plena formação da personalidade a qualquer indivíduo, ou seja, defende o reconhecimento da personalidade jurídica sob condição resolutiva, tanto é que, em se tratando de questão de herança, o nascimento com vida seria a condição suspensiva da eficácia da instituição ou da doação a favor de um não concebido³⁴³.

Para Falzea, o nascimento é o elemento necessário para a eficácia e até para a qualificação e os consequentes efeitos da personalidade humana, uma vez que antes de simples condição de eficácia, o nascimento opera como elemento que contempla e aperfeiçoa o indivíduo dentro da sociedade³⁴⁴.

FERRARA aduz que ao nascituro é atribuída uma subjetividade atenuada ou reduzida, e importa dizer que, em caso de nascimento com vida, sua personalidade é contemplada, integralmente, ou seja, é adepto da teoria da personalidade condicionada³⁴⁵.

O francês Josserand menciona que a personalidade, muito embora comece com o nascimento com vida, tal assertiva merece, ainda assim, alguns cuidados, dado o fato de que, antes mesmo do nascimento, o indivíduo deve-se beneficiar de certa personalidade. Contudo, a criança deve nascer viva, caso contrário não terá qualquer titularidade de direitos³⁴⁶.

BONNECASE, a esse respeito, tampouco diverge do dito por Josserand, pois entende que a personalidade humana deve ser considerada, e, portanto, produzir consequências jurídicas antes mesmo do nascimento, ou seja, a partir da

³⁴² SACCHI, Ubaldo. Della condizione giuridica dei nascituri nel sistema del Diritto italiano, in **Enciclopedia Giuridica Italiana**. V. II, parte I, Milano: SEL, 1914, p. 103.

³⁴³ RESCIGNO, Pietro. **Manuale del Diritto Privato Italiano**. 2 ed., Napoli: Jovene, 1975, p. 71-115.

³⁴⁴ FALZEA, Angelo. **La condizione e gli elementi dell'atto giuridico**. Milano: Giuffrè, 1941. p. 296.

³⁴⁵ FERRARA, Cariotta. **Le successioni per causa per causa de morte**. V. I, Tomo 3. Napoli, 1961. p. 154.

³⁴⁶ JOSSERAND, Louis. **Cours de Droit Civil positif français**. 3 ed., Paris: Sirey, 1938, p. 132-134.

concepção, contudo, mediante ressalva de que esta criança venha a nascer viva e viável³⁴⁷.

Diferente não é o posicionamento de Savatier ao declarar que uma criança, ao nascer viva e viável, sua capacidade de adquirir direitos deve remontar à época da concepção, denominando-a, inclusive, de “*personnalité anticipée*”³⁴⁸.

Para Capitant, ao contrário do que até aqui exposto, a personalidade jurídica somente pode ser reconhecida quando a criança se separa completamente da mãe, ou seja, com o nascimento; afirma que as pessoas físicas podem ser titulares de direito e consideradas pessoas, somente após o nascimento e, portanto, terem personalidade³⁴⁹.

O jurista português Tavares entende que, com a concepção origina-se a personalidade humana; defende que a personalidade, como qualidade inata do ser humano é concebida como atributo inerente ao próprio ser, ou seja, como consequência imediata da formação e existência do organismo do indivíduo. Diz mais, ao ponderar que, se o ser humano forma-se pelo fenômeno biológico da concepção, já começa, a partir daí, a viver e a desenvolver-se e, desde então, começa a ser protegido pela lei para diversos efeitos jurídicos, não devendo ser diferente para o reconhecimento da sua personalidade³⁵⁰. Assim se expressa:

Mas porque a personalidade jurídica do homem é um atributo do próprio ser, necessário à garantia dos seus legítimos interesses, e pois que ele e estes existem, desde o facto da concepção, é a este momento que nós preferiríamos atribuir a origem da personalidade³⁵¹.

No pensamento de Pinto, a personalidade somente pode ser adquirida com o nascimento com vida. Porém, reconhece que alguns direitos ao concebido devem ser assegurados, justamente, por tal condição. Todavia, sustenta que ao nascituro não se reconhece a personalidade antecipada, nem mesmo direito a

³⁴⁷ BONNECASE, Julien. **Traité théorique et pratique de droit civil – Supplément**. Paris: Sirey, 1928, p. 4.

³⁴⁸ SAVATIER, René. **Les personnes. État et capacité**, in **Traité pratique de Droit Civil Français**. 2 ed. tomo 2, Paris: LGDJ, 1952. p. 11.

³⁴⁹ CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du Droit Civil**. 4 ed., Paris: ed. A. Pedone, 1929, p. 135.

³⁵⁰ TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil. Pessoas, cousas, factos jurídicos**. Coimbra: Coimbra, V. 2, 1928, p. 12.

³⁵¹ Op. Cit., p. 13-14.

qualquer indenização, pois, segundo ele, os danos só se consumarão em sendo confirmado o seu nascimento com vida³⁵².

Estudiosos alemães sobre o assunto, segundo a visão de Pontes de Miranda, desenvolveram várias teorias a respeito do início personalidade humana; alguns defensores da “teoria da ficção”, liderados por Savigny, acatam totalmente a proteção ao nascituro, uma vez que tratam este como pessoa que já estivesse nascida, ou seja, fixam algo como realidade, muito embora ainda não acontecido³⁵³.

Em contrário, a “teoria dos direitos sem sujeitos”, liderada por Windscheid, simplesmente não reconhecia o embrião como pessoa, mas dizia que lhe poderiam ser assegurados alguns direitos pelo fato de que há direitos não titularizados por qualquer sujeito e que no caso do embrião, mesmo não sendo pessoa, teria alguns direitos inerentes a tal condição³⁵⁴.

Na Alemanha, a “teoria da *hereditas iacens*” e a “teoria dos direitos futuros” eram idênticas, uma vez que defendiam que a personalidade humana (citando o exemplo da herança, na primeira teoria) somente seria reconhecida e ter-se-ia um titular da herança após o nascimento com vida do nascituro. Na segunda teoria acima exposta, por seu turno, o reconhecimento da personalidade estaria vinculado a efeitos “*ex tunc*”, isto é, com o nascimento com vida do nascituro³⁵⁵.

A “teoria da personalidade `jurídica`”, que considerava o nascituro como uma pessoa jurídica, não teve grande aceitação, visto que, se adotada estar-se-ia admitindo a pessoa jurídica antes da pessoa física e, assim, conseqüentemente estar-se-ia fingindo admitir algo que ainda não exista³⁵⁶.

Ainda, na Alemanha, alguns doutrinadores defenderam a “teoria da representação”, consoante a qual se atribuía ao nascituro um curador para representá-lo. Contudo, tal teoria não explicou se existia ou não a pessoa do representado, ou seja, do nascituro. Criou-se ainda a “Teoria do sujeito indeterminado”, a qual reconhecia que o ser humano vivo, embora não nascido, já era humano; porém, o que não se sabia ainda, se era sujeito de direito³⁵⁷.

³⁵² PINTO. Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4 ed. Coimbra: ed. Coimbra, 2005, p. 203.

³⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 167.

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 167.

³⁵⁵ Op. cit., p. 167-168.

³⁵⁶ Idem, ibidem.

³⁵⁷ Idem, ibidem.

Na Espanha, Estélles preconiza que a personalidade humana não deve ser antecipada, podendo somente ser verificada com o nascimento com vida, muito embora reconheça que ao nascituro se deva proporcionar tudo aquilo que possa favorecer o seu nascimento. No seu entendimento, o direito à vida é o mais essencial dos direitos para qualquer pessoa humana³⁵⁸.

No mesmo sentido acima, pensa Garcia Amigo que para efeitos jurídicos, o início da personalidade humana está condicionado ao nascimento com vida³⁵⁹. Picazo e Gullon acrescentam ao que dizem os seus dois conterrâneos espanhóis que, com o nascimento com vida e sendo viável a referida criança, os efeitos do nascimento retroagem ao momento da concepção, o que acaba por demonstrar que defendem também o início da personalidade com o nascimento com vida da criança³⁶⁰.

TOBEÑAS registra que, ao nascituro, apenas deve ser reconhecida uma reserva de eventuais direitos, não necessitando reconhecer sua personalidade antes do nascimento com vida, convertendo-se, se nascer com vida, tais eventuais direitos em direitos definitivos³⁶¹.

CIFUENTES reconhece o início da personalidade como ponto de partida a concepção, uma vez que, a partir da fecundação do óvulo, aparece no mesmo instante, um novo ser com vida própria, mesmo que ainda dependente de sua mãe. Para ele, se o nascituro tem proteção contra o aborto, ou seja, tem direito a nascer e a viver, tem proteção à sua integridade física, à sua honra e à sua imagem, os quais nada mais são do que direitos da personalidade, não há, para ele, qualquer dúvida de que o início da personalidade remonta à concepção³⁶².

O peruano Sessarego defende o posicionamento contido no próprio Código Civil peruano, ou seja, reconhece o nascituro como sujeito de direito, assegurado-lhe tudo o que lhe possa favorecer o nascimento. Contudo, defende que

³⁵⁸ ESTELLÉS, Pilar. El comienzo de la vida humana: Ética Y Derecho. La persona del concebido. Valência: **Cuadernos de Bioética**.1997/3. Disponível em: <<http://aebioetica.org/revistas/1997/3/31/1122.pdf>> Acesso em: 05/09/2015.

³⁵⁹ GARCIA AMIGO, Manuel. **Instituciones de Derecho Civil I. Parte general**. Madrid: Edersa, 1979, p. 326.

³⁶⁰ PICAZO, Luis Diez; GULLON, Ballesteros. **Sistema de derecho Civil**. v. I. Madrid: Tecnos, 1977, 243.

³⁶¹ TOBEÑAS, José Castán. **Derecho civil español común y foral**. 2 ed. Tomo. I, v. II, Madrid: Reus, 1975, p. 100.

³⁶² CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 234-241.

o início da personalidade está condicionado a que venha a nascer com vida, para que possa, então, vir a gozar de efeitos patrimoniais³⁶³.

Por derradeiro, é oportuno o comentário de Cifuentes, a respeito das teorias do início da personalidade fora do Brasil, que serve de resumo do que foi supracitado:

A la vera de la consagración normativa de dicha regla, diversas teorías se han desarrollado: a) la doctrina de la concepción: desde este hecho de la naturaliza deve ser reconocida la capacidad jurídica, com el inconveniente hasta hace unos pocos años, de que era imposible determinar el tempo de la concepción; b) la doctrina del nacimiento: el feto no tiene vida independiente a la de la madre (*portio mulieris, vel viscerum*) y com anterioridade al corte del cordón umbilical es *pars viscerum matris*. [...]: c) la doctrina eclética: el nacimiento es el punto de partida de la personalidad, pero por una ficción se reconocen derechos al *nasciturus*, o bien se retrotraem los efectos del nacimiento al tempo de la concepción. [...]: d) la doctrina de la viabilidade, la cual exige, además del hecho de nacer viva, que la criatura tenga aptitud orgânica para seguir viviendo fuera del claustro materno³⁶⁴.

Assim, pode-se observar que, nos países que influenciaram o direito pátrio, é rica e complexa a discussão a respeito do início da personalidade do ser humano, o que remete a pensar em todas as possibilidades que possam ocorrer, inclusive com o caso em estudo, ou seja, com o embrião que fora fertilizado *in vitro* após a morte de seu genitor.

No Brasil, reconhece-se a existência de várias teorias, conforme serão explicadas. Contudo, existem três correntes fundamentais identificadas na doutrina jurídica, no que tange ao início da personalidade humana: a **Natalista**, a da **Personalidade Condicional** e a **Concepcionista**. [...]. A primeira sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida. A segunda afirma que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida (doutrina da personalidade condicional ou concepcionista imprópria); a terceira considera que o início da personalidade dá-se com a concepção³⁶⁵.

Assim, antes de serem expostos as três principais teorias sobre o início da personalidade humana, é mister mencionar um pouco de outras duas, quais

³⁶³ SESSAREGO, Fernández. **Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho**: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Lima: Astrea. Disponível em: <<http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf>>. Acesso em: 05/09/2015.

³⁶⁴ CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 1995, p. 236.

³⁶⁵ ALMEIDA, Silmara Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.145-175.

sejam, a **Teoria do Embrião como Pessoa em Potencial** e a **Teoria Genético-Desenvolvimentista**.

A Teoria do Embrião como Pessoa em Potencial, ou simplesmente Teoria Embriológica, pode ser explicada por meio, do pensamento de Chavenco e Oliveira, que mencionam que o *concepto* só adquire vida a partir do décimo quarto dia de gestação, ou seja, a partir do aparecimento da linha primitiva no zigoto, o que tornaria possível determinar a individualidade humana, pois antes do décimo quarto dia, pode ser possível que o zigoto venha a dar origem a dois ou mais indivíduos, razão pela qual, antes de tal data não teria como ser definida a vida e a própria individualidade de cada ser³⁶⁶.

A Teoria Genético-Desenvolvimentista, também chamada Teoria Neurológica, defende que *“desde a concepção há uma forma de vida pela própria natureza, mas não uma pessoa com dignidade inerente a ela, o que possibilitaria a manipulação do embrião para fins terapêuticos, sem violar a dignidade da pessoa humana e o patrimônio coletivo genético da humanidade”*. Registre-se, que essa teoria não traz um consenso exato com relação ao início da vida, nem quando a dignidade da pessoa humana passaria a ser tutelada pelo ordenamento jurídico, porque toda ela é particularmente, fundamentada sobre o aspecto do desenvolvimento neurológico³⁶⁷.

A título de informação, deve ser dito que a Teoria Genético-Desenvolvimentista, em face da celeuma do desenvolvimento neurológico, por meio do Relatório Warnock, defende que, até o décimo quarto dia, o que se tem é um complexo de células humanas, mas que não passariam de material genético, em princípio até descartável, pois não se teria ainda vida. Outros biólogos e juristas defendem que para ser reconhecida a vida e a personalidade humana o embrião deveria ter a aparência humana e os órgãos definidos. Para outros, somente a partir do 18º dia, com o surgimento da placa neural, que possibilita o controle da sensibilidade à dor é que se tem a vida. Ainda existem alguns cientistas e biólogos que defendem que a vida teria início a partir da formação do sistema nervoso e da funcionalidade do cérebro e, por último, há aqueles que defendem que somente com

³⁶⁶ CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. In: **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 12, n. 2, Maringá, 2012, p. 667-668.

³⁶⁷ Op. cit., 668.

aparência humana e maturidade para viver fora do útero pode-se reconhecer o início da vida e da personalidade humana³⁶⁸.

Após a explanação a respeito das teorias do início da vida, cumpre mencionar que o Código Civil Brasileiro vigente adota, a princípio, a Teoria Natalista, uma vez que, em seu art. 2º, estabelece que a personalidade civil do homem inicia-se em nascimento com vida. Porém, Szaniawski menciona que esse entendimento não se coaduna com o próprio sistema do Código Civil, pois, para ele, a teoria da aquisição da personalidade do ser humano recepcionada pelo legislador brasileiro é a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil outorga direitos ao embrião, a partir de sua concepção e, por isso, faz-se presente ao embrião e ao nascituro a personalidade, uma vez que já são considerados sujeitos de direitos³⁶⁹.

A respeito da adoção da Teoria Natalista pela legislação brasileira, Meirelles registra que:

Para a linha natalista, que afirma que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, o nascituro não é pessoa, embora receba proteção legal; a personalidade, portanto, é subordinada à condição suspensiva 'nascer com vida'³⁷⁰.

DIAS ensina também que a Teoria Natalista não reconhece o nascituro como pessoa, entretanto esse nascituro recebe proteção jurídica, estando sua personalidade subordinada a uma condição suspensiva que é o seu nascimento com vida, para, então, passar a exercer direitos³⁷¹.

SZANIAWSKI explica que a Teoria Natalista é defendida pelo fato de que alguns doutrinadores entendem que o direito não consegue explicar por que o feto que possuiria personalidade desde a concepção, constituindo-se em um sujeito de direitos, todavia se viesse a nascer morto, não conservaria sua personalidade nem os direitos adquiridos. Aliás, os defensores da Teoria Natalista citam o exemplo do natimorto, que não adquire nem transmite eventuais direitos sucessórios aos herdeiros. Por fim, Szaniawski explica que os defensores dessa corrente preferem reconhecer a personalidade somente aos indivíduos que tenham nascido vivos, ou

³⁶⁸ Idem, ibidem.

³⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 165 -166.

³⁷⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 52.

³⁷¹ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a Biotecnologia**. Curitiba: ed. UFPR, 2012, p. 222.

que tenham respirado. Para essa corrente, aqueles que não respiraram não são considerados sujeitos de direitos e, muito menos, pessoas³⁷².

RÁO, ao defender a Teoria Natalista para o início da personalidade humana, diz que a proteção ao nascituro não resulta no reconhecimento da personalidade. Segundo o Autor:

Não importa reconhecimento nem atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa, de dependência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas: ou a qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros³⁷³.

RODRIGUES ao defender a Teoria Natalista, compreende que a lei não concede a personalidade aos nascituros, a qual somente é conferida a partir do nascimento com vida reconhecendo apenas que ao nascituro por vir provavelmente a nascer com vida, são-lhe assegurados alguns direitos futuros³⁷⁴. Maia igualmente entende que ao nascituro é reservada tão somente uma expectativa de direitos³⁷⁵.

ALVES, ao sustentar seu posicionamento pela Teoria Natalista, menciona que o nascituro somente tem expectativa de direitos, usando como base de sua defesa a questão já exposta acima, no sentido de que seria inútil dar ao concebido personalidade, se, mais tarde, ele vier a nascer sem vida. Completa o seu pensamento dizendo:

Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no acto da concepção. Os efeitos jurídicos surgem no acto do nascimento, com ou sem vida: no primeiro caso, opera-se a aquisição de direitos, que se transmite pela morte posterior do recém-nascido; no segundo caso, nenhum direito se adquire³⁷⁶.

GUSMÃO defende a Teoria Natalista porquanto somente com o nascimento com vida tornaria superada qualquer inconsistência ou controvérsia a respeito da personalidade e seus efeitos, justificando sua resposta ao exemplificar

³⁷² SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 164-65.

³⁷³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2 ed. v. 2, tomo I, São Paulo: Resenha Universitária, 1978, p. 143.

³⁷⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: parte geral**. v.1. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 62.

³⁷⁵ MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo**, v. 54, p. 44-45.

³⁷⁶ ALVES, João Luiz. **Código Civil Anotado**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917, p. 25.

com a situação de falsa gravidez e possibilidade de parto simulado, e cita o exemplo da “expulsão do feto ou nascituro sem vida”³⁷⁷.

ESPÍNOLA averba que a Teoria Natalista permite observar que, antes do nascer, o que se tem é um “fruto do corpo humano”, não sendo um homem e, portanto, não havendo no nascituro a personalidade humana. Para ele, entre a concepção e o nascimento o que existe é uma expectativa de personalidade “*spes hominis*”, até porque, segundo ele, o ser humano, ainda no ventre materno, não tem existência própria e, por tal motivo, também não tem personalidade³⁷⁸.

BARRETO explica que os defensores da Teoria Natalista não reconhecem no embrião uma pessoa e, conseqüentemente, não se teria como reconhecer personalidade e, muito menos, “*atribuir capacidade a `algo` que não é pessoa*”. Assegura ainda que, para essa corrente doutrinária, o nascituro teria apenas mera expectativa de direitos, permanecendo “*em uma situação de pendência, de potencialidade da implementação de atos futuros capazes de consolidar efeitos antecipados, parcialmente*”³⁷⁹.

Numa discussão baseada no Código Civil, Semião apresenta uma das justificativas para adoção da Teoria Natalista:

[...], caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem a necessidade da lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro³⁸⁰.

A Teoria Natalista entre seus vários fundamentos entende que o nascituro não teria vida independente, sendo parte do corpo da mãe, alimentado pelo sangue materno e, desse modo, não detentor de personalidade e, conseqüentemente, não seria sujeito de direitos.

³⁷⁷ GUSMÃO, Sady Cabral. Nascimento. In: **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. v. 34, Rio de Janeiro: Borsoi, p. 9-14.

³⁷⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 331-332.

³⁷⁹ BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

³⁸⁰ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. rev. atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41.

Contudo, alguns estudiosos do assunto não pensam da mesma forma, uma vez que adotam a Teoria Concepcionista. Como exemplo, pode-se citar Leite, que assim advoga: “(...) *Se a lei atribui direitos ao nascituro ‘desde a concepção’, é porque aí visualizou ocorrência de personalidade*”³⁸¹.

ALMEIDA também é adepta da corrente Concepcionista, uma vez que propugna que o ser humano adquire sua personalidade desde sua concepção, conforme citado abaixo:

Colocamo-nos entre os adeptos de doutrina verdadeiramente concepcionista, isto é, aquela que considera o início da personalidade desde a concepção. [...] Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a concepção, conforme já explanado no Título IV, item 3, ao qual nos remetemos. Sob o prisma biológico, o novo ser-ovo, embrião ou feto, embora herde gens do pai e da mãe, representa uma carga genética própria, constituindo uma unidade ou identidade biológica inconfundível e distinta, chamada ‘personalidade’³⁸².

SZANIAWSKI, da mesma forma, afirma que “*o concebido é um ser humano*”, uma vez que se desenvolverá, de forma autônoma, posto que tem identidade genética própria, diferente de seus genitores, inclusive, não sendo mais um amontoado de células germinativas, mas um ser humano que possui características biogenéticas próprias e exclusivas³⁸³.

Para ratificar, ainda mais, o que supramencionado quanto ao termo inicial da personalidade do ser humano, em conformidade com a corrente Concepcionista, é oportuna a lição de Cortiano Júnior, a saber:

E, o que é mais saliente: a partir do momento em que um espermatozoide penetra na cápsula do óvulo, ocorre uma reação bio-química em cascata, com o fechamento da membrana celular que vai impedir a entrada de novos espermatozoides. Não há como não reconhecer aí a existência da vida³⁸⁴.

GEDIEL sustenta que, na corrente Natalista, defendida pelo Código Civil, revela-se, em uma primeira análise, a própria desvalorização “*da dimensão biológica do homem*”, uma vez que, para ele, parece estar demonstrada e indicada a

³⁸¹ LEITE, Eduardo Oliveira Leite. O direito do embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista de Direito Civil**, ano 20, out.dez. 1996, p. 22-40.

³⁸² ALMEIDA, Silmara Chinelato. In: **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161-162.

³⁸³ SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 165-166.

³⁸⁴ CORTIANO Jr., Eroulths. **Direito da personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. Dissertação – Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Curitiba, 1993, 52f.

“imprecisão e insuficiência do texto codificado, no que se refere ao conceito de pessoa e de personalidade jurídica”, pois, “diante da possibilidade atual de utilização científica de elementos biológicos humanos, pode-se colocar o nascituro ao desabrigo da tutela dos direitos da personalidade³⁸⁵” e, por isto também se justificaria a corrente Concepcionista.

Na visão de Meirelles, na Teoria Concepcionista, a vida começa com a concepção, sendo o embrião desde o início, entendido como uma pessoa humana, inclusive no sentido de indivíduo humano e substancial³⁸⁶.

FRANÇA, ao defender a Teoria Concepcionista, explica que: *“a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão somente para que se consolide a sua capacidade jurídica³⁸⁷”*. Ele menciona ainda que:

O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e, também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa³⁸⁸.

VIANA ensina que o nascituro é dotado de personalidade, dado o fato de que é no momento da concepção que surge o novo ser, o início de uma nova vida. Nesse momento, deve-se considerar juridicamente o nascituro. Nesse sentido, ele explica que, a partir da Constituição Federal de 1988, ou, pelo menos a partir da vigência da Lei nº 8.069/90, não há mais como sustentar várias teorias sobre o início da personalidade, pois, para ele, a personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim, no momento da concepção³⁸⁹.

AMARAL, ao sustentar a Teoria Concepcionista, reporta-se também à Lei Magna e ao próprio Código Civil, pois assinala, que, se a Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, reconhece o direito à vida, aliás, direito subjetivo este, bem como os próprios arts. 1.609, parágrafo único, 542, 1.779 e 1.779, I, do Código Civil também consideram o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações

³⁸⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 70 e 72.

³⁸⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91.

³⁸⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. v.1. 2 ed.. São Paulo: RT, 1980, p. 127.

³⁸⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 50.

³⁸⁹ VIANNA, GUARACI DE CAMPOS. O nascituro como sujeito de direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo César (coord.). **Ensaaios Jurídicos** - v. 1. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996, p. 292-295.

jurídicas, importa dizer que este é sujeito de direitos. E, sendo sujeito de direitos, tem personalidade, obviamente. Assim, conclui-se formalmente que o nascituro tem personalidade, não se podendo, de modo lógico, negar ao nascituro a titularidade jurídica. Ademais, o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas tão somente para que possa ela vir a consolidar-se³⁹⁰.

BEVILÁQUA, ao discorrer sobre a Teoria da Concepção, aduz que não há como existir direito sem pessoa, sem que exista um detentor de personalidade civil, razão pela qual não é possível que o nascituro tenha direitos sem ter personalidade. Por isto, compreende que:

[...] Mas de duas uma: ou a personalidade já existe e não se trata de expectativa, ou é apenas possível, e, aos direitos reservados para o nascituro falta um sujeito. Alguns civilistas não recuaram diante desta conclusão, e, não querendo atribuir personalidade ao ser humano ainda na fase intra-uterina da existência, admitiram a possibilidade de direitos sem sujeito. Querendo ser lógicos, romperam com a lógica elementar do direito, a que no-lo apresenta como uma relação entre um sujeito e um objeto, sob a proteção da ordem jurídica³⁹¹.

FIÚZA, ao defender a Teoria Concepcionista, aponta o mesmo sentido de todos que a defendem, mormente porque sustenta que o legislador pátrio perdeu a oportunidade de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas, questionando que, se os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida e os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa, a partir da concepção, qual seria a posição do Código Civil, já que estabelece vários direitos do nascituro a salvo? E já responde, dizendo que direitos só detêm as pessoas; assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista³⁹².

Para Farias e Rosenvald, a Teoria da Concepção aponta que, desde a concepção, deve-se dar proteção à personalidade, uma vez que o valor da pessoa humana permeia todo o ordenamento jurídico, estendendo-se a todos os seres humanos, inclusive aos nascidos, ou ainda em desenvolvimento no útero materno,

³⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 223.

³⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 121-122.

³⁹² FIÚZA, César. Código Civil Anotado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil Anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 24.

até porque defendem que, na concepção, já se está respeitando o ser humano em sua plenitude³⁹³.

TARTUCE, ao se posicionar a favor da corrente concepcionista, aduz que:

Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava. Eis aqui o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade³⁹⁴.

GAMA, ao comentar sua posição pela Teoria Conceptionista, também diz que a formação da personalidade humana deve ser estendida às situações existenciais que envolvem o nascituro, entendido como o embrião implantado no ventre materno, pois, para ele, o nascituro deve ser abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de ente dotado de vida e capaz de ser amado³⁹⁵.

LEAL, adepto da Teoria da Concepção, uma vez que aduzia que, em havendo alguns direitos assegurados ao nascituro desde a sua concepção, exemplificava com a posse da herança em nome do ventre; a curatela do nascituro; a legitimação do filho que está concebido pelo casamento posterior à concepção; a proteção à vida do nascituro pela punição ao aborto provocado, tudo isto acabaria por permitir a existência da personalidade, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de uma “*anomia de direitos sem sujeito*”³⁹⁶.

BARRETO menciona que, para a Teoria Conceptionista, o nascituro possui atributos da personalidade, de forma incondicional, desde a sua concepção. Cita que, pelo fato de serem reconhecidos alguns direitos ao nascituro, isso já torna suficiente o reconhecimento do direito à personalidade, “*pois não haveria direitos ou estados, ou situações jurídicas sem sujeito*”. E completa o seu pensamento a respeito de referida teoria, justificando que:

³⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. Teoria geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185.

³⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

³⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.

³⁹⁶ LEAL, Antônio Luiz da Camara. **Manual Elementar de Direito Civil**: Introdução, Parte Geral e Direito de Família. v.1. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1930, p. 66.

Quando se diz que o nascituro tem somente expectativa de direito, quanto aos direitos patrimoniais materiais — doação e herança —, quer esta assertiva significar que o nascituro não possuiria capacidade ou legitimação plena. Consoante a teoria concepcionista, não se trataria, pois, tampouco do reconhecimento a meia personalidade — somente para direitos personalíssimos, imateriais como irradiações diretas da personalidade —, e de ausência de personalidade quanto a direitos patrimoniais materiais. A personalidade do nascituro seria plena; as suas capacidades e legitimações é que seriam limitadas, ou parciais³⁹⁷.

Para a Teoria Conceptionista, o nascituro é pessoa desde sua concepção, e, para tanto, se é protegido juridicamente, não há se falar em não ser reconhecida a sua personalidade, até porque, como dito alhures, não há como se reconhecer direitos sem que se reconheça a personalidade dessa pessoa. Ademais, por uma interpretação sistemática e lógica de todo o Código Civil torna-se impossível negar que a personalidade humana deve ser reconhecida desde a concepção.

Entretanto, mister se faz ressaltar também que, para alguns estudiosos do assunto, podem ser utilizadas, ao mesmo tempo, as duas teorias supramencionadas, até mesmo como um mecanismo de ponderação. Aliás, quem defende a aplicabilidade das duas teorias (natalista e concepcionista) entende que a Teoria Conceptionista teria lugar para as questões não patrimoniais, ou extrapatrimoniais e a Teoria Natalista teria aplicabilidade para as questões patrimoniais. Como defensores de tal ponderação entre as correntes, ou seja, partidários da Teoria da Personalidade Condicional, podem-se citar Klevenhusen³⁹⁸, Freitas, França, Amaral, Faria & Montoro. Estes dois últimos:

[...] afirmam que não é exato que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionados ao nascimento com vida. [...]. Para eles, a condição se relaciona apenas aos direitos patrimoniais, mas o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro existem na sua plenitude, antes do nascimento³⁹⁹.

³⁹⁷ BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

³⁹⁸ KLEVENHUSEN, Renata Braga. RICCOBENE, Bianca. **Estatuto jurídico do embrião humano e pesquisa com células-tronco embrionárias humanas: aportes críticos aos votos proferidos no julgamento da ADI 3510**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2009/12/revista-ambito-juridico.html>>. Acesso em: 17/05/2010.

³⁹⁹ ALMEIDA, Silmara Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178.

Essa variante, entre a teoria Natalista e a da Concepção, conforme acima exposto, é outrossim defendida, entre outros, por Diniz⁴⁰⁰, Azevedo⁴⁰¹, Azevedo⁴⁰², valendo a pena tecer os seguintes comentários feitos por este último, a saber:

Do ponto de vista teórico, aliás, as decisões citadas no parágrafo anterior interessam também sob o ângulo da caracterização do nascituro como pessoa, visto que se trata de danos à pessoa humana. Para aqueles que insistem em dizer que o ser humano já concebido e ainda não nascido não é pessoa, entendendo, pois, literalmente, de forma reducionista, o texto do art. 4º do Código Civil brasileiro, segundo o qual a personalidade civil começa do nascimento com vida, torna-se ilógica a admissão de indenização por danos à pessoa, se esses danos foram causados ao nascituro e esse não é pessoa. O art. 4º citado, resulta somente da obediência às necessidades jurídicas de certeza prática; para começo da 'personalidade civil', fixa o nascimento, que é um dado factual preciso, como escolhe, em outros artigos, as datas certas, dos 16 ou 21 anos, para regular a capacidade. A lei não diz, nem poderia dizer, que antes do nascimento não há pessoa, visto que não lhe compete determinar a existência da pessoa, e, sim somente fazer a atribuição da 'personalidade civil' (para o que, evidentemente, há soluções mais ou menos práticas). Sobre esse art. 4º, como sempre, 'a letra mata e o Espírito vivifica'⁴⁰³.

DINIZ, ao explicar a Teoria da Personalidade Condicionada, afirma que o nascituro tem personalidade formal, passando a ter personalidade material, a qual alcança os direitos patrimoniais, a partir do seu nascimento com vida⁴⁰⁴.

MONTEIRO é adepto da Teoria da Personalidade Condicional, uma vez que entende que o feto possui uma expectativa de vida humana, uma vez que é pessoa em formação e, por isso o Direito não deve ignorá-lo, razão pela qual lhe devem ser salvaguardados eventuais direitos e para que estes sejam adquiridos, é necessário que o nascituro nasça com vida. Monteiro, ao defender tal corrente, fez uma divisão entre direitos congênitos e adquiridos, sendo os congênitos os resultantes da própria natureza humana, tais como: a vida, a liberdade, a defesa e a honra, enquanto os adquiridos seriam os que decorrem de ato lícito próprio da pessoa ou de terceiros, tais como: o direito à propriedade, o direito ao crédito, os direitos de família⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

⁴⁰¹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. Nascituro é pessoa. **Seminario Giuridicosul'Inizio Della Persona Nel Sistema Giuridico Romanista**. Roma: Faculdade de Direito de Universidade de Roma, 1997, p.1-8.

⁴⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade civil dos pais, (coord. Yussef Said Cahali). **Responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59-72.

⁴⁰³ Op. cit., p. 72.

⁴⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

⁴⁰⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 5. ed., revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 69-70.

WALD mostra que: “A *proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver*⁴⁰⁶”.

Idêntico pensamento tem Caldas quando aduz que o nascituro tem direitos subjetivos eventuais, entendidos como direitos futuros ou eventuais, os quais resultam de relações jurídicas em formação e condicionados ao nascimento com vida, entretanto tais direitos futuros ou eventuais devem ser protegidos ou conservados, porque são expectativas de direito já que contêm o elemento fático básico: o ser humano. Para ele, quando for satisfeita a *conditio iuris* (condição jurídica), o nascimento com vida, completa-se o suporte fático e há, conseqüentemente, aquisição dos direitos subjetivos (direitos subjetivos adquiridos) por transformação dos direitos subjetivos eventuais.⁴⁰⁷

Baseado no aspecto sucessório, Moraes defende essa Teoria da Concepção Imprópria ou da Personalidade Condicionada. Veja-se:

O nascituro não tem personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida. (CC, art. 4º). No entanto, tem capacidade sucessória, constituindo isto situação excepcional. Quando a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, dissocia o conceito de personalidade do conceito de subjetividade. O nascituro não é uma pessoa mas já é sujeito de direito, conquanto sob condição⁴⁰⁸.

FLORES entende que esta teoria deriva tanto da teoria Concepcionista quanto da Natalista, uma vez que, desde a concepção, existe uma pessoa. Contudo, eventuais direitos estão condicionados ao nascimento, quando, somente então, se consolidar-se-iam, até porque se, ao revés, o nascimento não vier a concretizar-se ou se não sobreviver tal criança, por um momento sequer, seria como se nunca tivesse existido e, por via de consequência, nem a sua personalidade nem seus possíveis direitos estariam assegurados⁴⁰⁹.

BARRETO explica que os adeptos dessa corrente reconhecem a aquisição da personalidade desde a concepção; entretanto, não já, de forma integral e definitiva, haja vista que, para a aquisição integral da personalidade, é necessário

⁴⁰⁶ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: RT, 1995, p.120.

⁴⁰⁷ CALDAS, Ubaldo Alves. **Direito Civil Parte Geral**. 2 ed. Goiânia: AB, 2003, p. 83.

⁴⁰⁸ MORAES, Walter. **Programa de direito da sucessões: teoria geral e sucessão legítima**. São Paulo: RT, 1980, p. 88.

⁴⁰⁹ FLORES, Paulo R. M. Thompson. **Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens, e dos fatos jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 215.

o nascimento com vida, comportando, assim, uma condição suspensiva e se, por acaso, viera nascer sem vida, estar-se-ia sob uma condição resolutiva. E completa o seu pensamento, elucidando que:

Para esta última corrente, coerentemente, não se trataria, simplesmente, de titularidade de expectativas de direitos (direitos condicionais) do nascituro, senão de verdadeiros direitos adquiridos que se extinguiriam pelo implemento da condição de nascer morto. Mesmo para os seguidores da corrente da condição suspensiva, no entanto, o nascituro seria pessoa, pessoa 'em formação', pessoa condicional⁴¹⁰.

Desse modo, o que se observa nessa corrente é a sua preocupação com a questão patrimonial do ser vivo que está por nascer, não havendo qualquer preocupação com outras questões inerentes ao direito da personalidade, quanto àqueles, notadamente, não patrimoniais. Saliente-se que essa corrente despreza o fato de que os direitos da personalidade não devem estar sujeitos à condição, mesmo que suspensiva, pois colocar condições seria o mesmo que negar direitos essenciais a qualquer ser humano.

Para encerrar a respeito das teorias do início da personalidade, é mister citar que a Teoria Natalista é adotada pelos Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Chile e Itália, enquanto a corrente Concepcionista está presente nos Códigos Civis da Argentina, Áustria, México, Paraguai e Peru, seus adeptos⁴¹¹.

Portanto, observa-se mais uma vez, que a temática do início da personalidade do ser humano é bastante polêmica. Porém, não se poderia furtar-se do enfrentamento para se chegar à parte principal da presente tese de doutorado.

Assim, entende-se que deve prevalecer, atualmente, a Teoria Concepcionista porque, em primeiro lugar, o nascituro ou embrião deve ser reconhecido como pessoa humana, dotado de proteção quanto aos seus direitos de personalidade, uma vez que tais direitos podem ser conceituados como aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, destacando-se o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, à identidade pessoal e à intimidade, direitos

⁴¹⁰ BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

⁴¹¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 49.

estes que, reconhecidos ao nascituro permitem defender claramente a teoria acima exposta.

Além do que a Constituição Federal caracteriza-se por constituir um sistema aberto, ou seja, não permite que se esgote a matéria quanto à proteção constante e integral aos seres humanos. Por via reflexiva, aos embriões humanos deve prevalecer este entendimento quanto aos direitos fundamentais, principalmente os constante nos seus dispositivos iniciais (arts. 1º a 5º).

Dessa forma, existe no direito pátrio uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, que garante proteção ampla e integral baseada fortemente na dignidade humana e no respeito a todo e qualquer ser humano, sejam os ainda em desenvolvimento em vida uterina, sejam os já nascidos. Aliás, a própria interpretação sistemática do ordenamento civil pátrio⁴¹² bem como da própria Constituição Federal, conforme exposto alhures, não permite afastar o reconhecimento dos direitos da personalidade ao embrião ou ao nascituro. Por isso prevalece, como dito alhures, a teoria Concepcionista.

3.4. Teorias do Início da Personalidade e Fertilização *in vitro*.

Para dar início ao presente tópico, é interessante mencionar que as referidas teorias do início da personalidade humana encontram posicionamentos diversos e suscitam polêmicas, conforme exposto alhures. Contudo, tal assunto agrava-se quando envolve a situação da fertilização *in vitro*, razão pela qual é oportuna, inicialmente, a visão de Szaniawski:

[...] existe um grande problema que ainda não foi decisivamente solucionado. Nenhuma dúvida paira quanto à personalidade do embrião que está se desenvolvendo no ventre de uma mulher. Este é considerado pessoa, possuidor de personalidade natural e de capacidade jurídica. A grande polêmica reside na diversidade de pensamento no tocante ao embrião desenvolvido *in vitro* e que esteja depositado em um banco de armazenamento de gametas à espera de seu destino. Em relação ao embrião *in vitro*, não existe uma uniformidade de pensamento entre os adeptos da teoria concepcionista da aquisição da personalidade do ser humano. Para grande parte dos seguidores desta corrente, somente o embrião que estiver se desenvolvendo no ventre de uma mulher será considerado uma pessoa, possuidora de personalidade. Os demais embriões que não estão ligados à mãe e que ainda estejam vivendo em uma proveta não são, para esta corrente de pensamento, considerados pessoas, conseqüentemente, estariam

⁴¹² Cita-se, aqui, como exemplo, o Direito à Curatela Especial do Nascituro (art. 1.779, caput).

destituídas de personalidade. Este fato justificaria o descarte de embriões *in vitro* ou sua utilização em experimentos e na embrioterapia. De outro lado, estão os juristas que defendem a igualdade material dos embriões humanos, não admitindo distinção entre um embrião que esteja se desenvolvendo no ventre materno daquele que está em uma proveta ou em um banco de embriões. Ambos são seres humanos em desenvolvimento, foram concebidos, podendo vir a nascer e, por esta razão, possuem personalidade natural⁴¹³.

A partir do exposto, deve ser esclarecido, em um primeiro plano, que os embriões humanos não inseridos no ventre materno sofrem, ainda mais, dificuldades para ter reconhecida sua personalidade e, por via de consequência, encontrar guarida para seus direitos.

Contudo, para conferir “moldura jurídica” aos embriões de fertilização *in vitro*, alguns doutrinadores brasileiros, conforme abaixo será exposto, apresentam algumas justificativas. Meirelles, ao referir-se à tendência de se reconhecer personalidade ao caso do embrião fertilizado *in vitro* ou qualquer outro mecanismo de reprodução assistida, adverte:

Seguindo-se a orientação tradicional, ao se outorgar personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, estar-se-ia pretendendo caracterizá-lo como sujeito de direito, apto a se posicionar nas diferentes relações jurídicas, adquirindo direitos ou contraindo obrigações⁴¹⁴.

MEIRELLES, com base no pensamento exposto, afirma que o embrião fertilizado *in vitro* seria titular de direitos, mediante algumas condições. Destacam-se duas condições, às quais ficaria subordinado, na dependência do posicionamento a ser adotado frente a esse novo ser: a primeira, uma condição suspensiva, enquanto não implantado no útero; e a segunda, uma condição resolutiva, ou seja, caso não ocorresse a implantação. Todavia, por outro vértice, reconhece outra explicação, segundo a qual, com a implantação no útero, estaria cumprida a condição suspensiva e o referido embrião seria considerado, então, nascituro, permanecendo apenas a condição resolutiva, que, nesta ideia seria, então, na forma representada pelo nascimento com vida, o que acabaria por permitir reconhecer, portanto, que

⁴¹³ SZANIAWSKI, Elimar. **O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia**. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46. Curitiba, 2007, p. 168-169.

⁴¹⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76.

este embrião *in vitro* atendeu as duas condições acima e tornar-se-ia, assim, um sujeito de direitos⁴¹⁵.

Para Diniz, a vida intrauterina e o embrião *in vitro* teriam personalidade jurídica formal, sendo conforme esta interpretação, o embrião *in vitro* titular de direitos, entre os quais: os direitos da personalidade e, conseqüentemente, o direito de nascer. Observe-se:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais...⁴¹⁶.

Diferente não é o pensamento de Leite, ao mencionar que “*Os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do ato criador de onde ela tira sua força*”. E completa o seu pensamento verberando que o ser humano não deve aceitar a ideia de o Estado ter que determinar que o embrião é um ser humano, sujeito de direito, pois, certamente, em aceitando que o Estado assim determine, pode vir a ocorrer que outro Estado, em outro momento, venha a afirmar que o embrião não é mais um ser humano, e também pode agir inversamente. E encerra seu pensamento aduzindo que:

[...] constitucionalmente, nada é menos evidente humanamente falando, nada é mais temerário, pois, à lógica das definições alternativas do embrião se juntaria aquela das definições alternativas também do homem em estado vegetativo, do homem deficiente, daquele que se precisa e daquele do qual não mais se tem necessidade⁴¹⁷.

No mesmo sentido, Szaniawski cita o fato de que existem alguns doutrinadores, no País, que consideram o nascituro portador de personalidade e sujeito de direitos, mas não só o nascituro, como diz a lei, também o concepturo, o qual seria digno de proteção em todos os seus aspectos, porque, desde sua concepção, seria portador de personalidade. O mesmo autor ainda observa que a

⁴¹⁵ Idem, ibidem.

⁴¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113.

⁴¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **O Direito do Embrião Humano: Mito ou realidade?** In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 29, p. 121-146, 1996, p. 146.

filiação dos codificadores à teoria Concepcionista faz com que se admita *a existência de personalidade aos indivíduos humanos ainda não nascidos, desde o momento de sua concepção, razão pela qual, deve-se considerar o concepturo, o embrião e, o nascituro, desde a fecundação, como um ser humano individualizado*⁴¹⁸.

NORBIM defende o direito da personalidade dos embriões *in vitro* sob o argumento de que o direito à vida é um direito natural ao qual se submetem os outros direitos. Assim, ele entende que “*sendo o homem um fim, e não um meio*”, tendo valor em si mesmo, a sua dignidade deve ser respeitada desde sua concepção, sob pena de se estar desrespeitando direitos humanos intangíveis. Por isso, ele afirma que o direito à vida deve ser pensado sob a ótica de dois elementos: “*1- o direito de permanecer vivo – que já pressupõe a existência do indivíduo. 2– o direito de nascer vivo – que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior*”⁴¹⁹.

Na defesa do reconhecimento do embrião *in vitro* como sujeito de direitos e, por via de consequência, como detentor da personalidade, desde a sua concepção, Barrachina, considera:

En lo que se refiere a si debe asimilarse a la condición de ‘nasciturus’ em embrión que está em el laboratorio, hago mias la palabras de Zannoni: ‘Si biologicamente la fecundación extrauterina implica la fusión genética del espermatozoide y del óvulo u si esa fusión de células germinales masculina y femenina constituye la primera célula del nuevo ser, es indudable que la protección jurídica deve alcanzarle del mismo modo que si esa fusión hubiese ocurrido em el seno materno’⁴²⁰.

BARRACHINA menciona que não haveria sentido diferenciar o embrião, no corpo materno, já com nidação, ou fora dele, sem qualquer nidação, pois o que importa é que lá no embrião, está tudo que é necessário para o “*ponto de partida que é o homem*”⁴²¹.

LEJEUNE, *apud* BARRETO, aduz que todo ser humano tem um começo único que é a concepção, uma vez que “*desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores para transformá-lo num ser humano já estão*

⁴¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 64 e 66.

⁴¹⁹ NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do Nascituro à Personalidade Civil**: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 57-59.

⁴²⁰ BARRACHINA, Maria Dolores Vila-Coro. *Introducción a la Biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 122.

⁴²¹ Op. cit., p. 101.

presentes". Aduz, ainda, que, com a fertilização, o resultado disso é "*a mais especializada das células sob o sol*", pois nenhuma outra célula "*terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado*"⁴²².

Na defesa da atribuição da personalidade aos decorrentes da fertilização *in vitro*, seja no ventre materno, ou ainda fora dele, Barreto assegura que a corrente concepcionista defende que "*a potencialidade genética para tornar-se pessoa não se finaliza com o nascimento, mas se estende durante toda a vida do homem*". O nascimento não é, portanto, ponto final, mas intermediário na vida"⁴²³.

MEIRELLES, sustenta derradeiramente que "*o ponto central da atribuição de personalidade jurídica ao embrião pré-implantatório resume-se na intenção de vê-lo reconhecido como sujeito de direitos, ainda que sob condição*"⁴²⁴.

Portanto, em razão do exposto alhures, o embrião criopreservado merece toda proteção jurídica e, por via de consequência, seu reconhecimento como pessoa, sujeito de direito, dotado de personalidade, eis que nele se encontra o ponto de partida de qualquer ser humano individualizado e apto a desenvolver-se, a partir de sua fertilização/concepção, não se deve esperar nada diferente do que um ser humano digno de todas as prerrogativas atinentes à sua espécie.

Contudo, ainda que não fossem suficientes os argumentos supracitados, quanto ao início da personalidade, para o reconhecimento de qualquer direito para o embrião *in vitro*, Meirelles defende que a proteção jurídica pode dar-se por outra forma, mesmo que não se reconheça a personalidade, enquanto criopreservado e, muito menos, como sujeito de direitos, notadamente porque, para ela, não há como se negar ao embrião criopreservado a sua natureza humana e que por essa constatação, simplesmente não haveria como lhe ser negada qualquer proteção jurídica. Assim, ela completa seu pensamento, consignando que:

E para que se reconheçam os limites e as possibilidades da proteção jurídica ao embrião pré-implantatório, importa sobretudo pôr-se em relevo essa semelhança entre ele e as pessoas humanas nascidas. Sob tal perspectiva, torna-se possível entender o embrião *in vitro*, tal como os seres

⁴²² BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

⁴²³ Idem.

⁴²⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 77.

humanos nascidos, por meio de uma noção pré-normativa: sua existência individual e, conseqüentemente, sua dignidade⁴²⁵.

Ao não adotar a clássica e tradicional visão do ordenamento jurídico positivado, baseado apenas na proteção aos reconhecidos como “portadores de personalidade jurídica”, conforme alhures exposto, nesta posição tem-se justamente o contrário, ou seja, uma nova visão de proteção jurídica para todos os seres humanos, independentemente de qualquer fase de desenvolvimento que estejam, inclusive, dos embriões criopreservados, eis que o ponto fulcral para tal proteção está baseado unicamente no valor e na dignidade da pessoa humana e não mais em parâmetros de ordem jurídica positivada⁴²⁶.

Ao arrematar Meirelles assim perfila:

O juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa. E sob o enfoque da valoração do ser humano em qualquer fase do seu ciclo vital, o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica. Assim, da mesma forma como já se observou não ser necessário a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro para a proibição do aborto, não se impõe atribuir-se a aludida personalidade ao embrião pré-implantatário para evitar abusos no que concerne ao seu destino. Tal proteção deve se fundamentar, mais do que na caracterização do novo ser como titular de direitos nos alicerces éticos que norteiam a ordem jurídica estabelecida⁴²⁷.

No mesmo sentido é o pensamento de Dutra, o qual disserta que “*o fato do embrião in vitro não ter personalidade jurídica não significa dizer que ele não seja titular de direito, tão pouco que não seja um ser humano*”. Aliás, ele cita como exemplo: “*a sociedade de fato ou em comum não tem personalidade jurídica, mas é reconhecidamente um sujeito de direitos e obrigações*”⁴²⁸.

SANTOS complementa o que foi averbado acima, mencionando que “*o sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de congruência de diversas normas*”. Aliás, para ela, esse sujeito pode ser qualquer figura, seja uma pessoa, física ou

⁴²⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

⁴²⁶ Op. cit., p. 86-87.

⁴²⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 87.

⁴²⁸ DUTRA, Sílvia. **Reprodução Assistida: Determinação da Filiação e Abortamento**. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo: 2013, p. 253-254.

jurídica, um patrimônio, ou até mesmo um embrião, haja vista que entende que as definições de pessoas física e jurídica, e de sujeito seriam ferramentas teóricas do jurista⁴²⁹.

Tal entendimento acima é ratificado, ainda, por Barboza, a qual defende que a vida seria um processo único, não sendo admissível que se assegurasse o direito à vida em apenas determinadas fases do desenvolvimento humano. Acompanhe-se seu pensamento:

Não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro. Porém, se negada a sua qualidade de pessoa, como deveremos qualificá-lo? Será coisa? Pode ser o embrião, não implantado, objeto de direito? Por todas as razões até aqui expostas, entendemos não ser possível outra resposta se não a negativa. O embrião, ainda que não transferido, é pessoa, e como tal, mesmo que ainda não investido da capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua 'disponibilidade' a qualquer título. Repugna a ideia de serem utilizados em pesquisas, do aproveitamento de suas células e tecidos para transplantes, pior se especialmente 'cultivados' para tanto. Forçoso concluir-se não possam os que geraram o embrião 'autorizar' sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações⁴³⁰.

VIOLA observa que não é necessário usar o ambíguo e difícil conceito de pessoa para reconhecer tais direitos básicos do embrião, bastaria servir-se do conceito de homem que por consequência, em face do estado humano do embrião seria suficiente para garantir um tratamento de respeito. Tanto é que defende que basta afirmar que existe no embrião a “*humanitas*”, que dá a este ser a dignidade humana e o direito de ser protegido e velado⁴³¹.

Aliás, é muito interessante o questionamento feito por Dias quando aduz:

“Portanto, não precisaríamos nem mesmo de discutir se o embrião é ou não Homem, sujeito de direitos e deveres; bastaria pôr-se a pergunta: Este embrião é um embrião humano? Ou seja, é dotado de *humanitas*, mesmo que apenas em seus elementos biogenéticos elementares? Se a resposta for sim, como deve forçosamente ser, então não precisamos mais discutir: os embriões humanos são titulares de direitos

⁴²⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Imaculada concepção**: nascendo *in vitro* e morrendo in machina. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 201.

⁴³⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 83.

⁴³¹ VIOLA, Francesco. **Etica e metaetica dei diritti umani**. Torino: 2000, p. 209.

inalienáveis sim. Direitos oriundos do primordial “direito” de viver e nascer⁴³².

BARRETO, quando da decisão tomada, na ADIN sobre o art. 5º da Lei de Biossegurança, ao interpretar o voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto, em especial, para resguardar direitos ao nascituro, concluiu:

“Se o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor fundante maior da ordem constitucional, por alguns considerado princípio ou até sobre princípio, parte integrante do Texto Constitucional; se consoante reconheceu o Relator da ADIN, trata-se de ‘princípio tão relevante para nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no Plano das Leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa’; se não se questiona – e jamais se questionou – a constitucionalidade, entre outros, do art. 2º, do Código Civil, e do art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; se o art. 2º, do Código Civil, assegura a proteção aos direitos do nascituro, desde a concepção; se o art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, garante o direito à proteção da vida, mediante políticas públicas que assegurem o nascimento e condições dignas de existência; se a moderna hermenêutica preconiza interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung) para as normas infraconstitucionais, então, é imperativa a conclusão de que o nascituro, entendido este desde a concepção, pelo menos o nascituro, no útero materno, tem assegurado, constitucional e infraconstitucionalmente, o direito à vida, isto, é o direito de nascer⁴³³.

Portanto, em face das técnicas de reprodução humana assistidas, para o caso da fertilização *in vitro*, o modelo tradicional do direito deve, evidentemente, ser respeitado, ou seja, mister se faz observar atentamente as teorias do início da personalidade para dar-se uma “moldura jurídica” ao embrião fertilizado.

Deve ser percebido também que, em razão do avanço da medicina e das novas tecnologias científicas, o homem passou a ter condições, cada vez mais, de

⁴³² DIAS, Francisco de Assis. **Ética: problemas éticos em debate**. Maringá: Humanitas Vivens, 2010, p. 202. Disponível em: <<http://www.humanitasvivens.com.br/livro/9712ce9d9dbd34f.pdf>>. Acesso em: 14/09/2015.

⁴³³ BARRETO, Wanderlei de Paula. **Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural**. Disponível em: <www.advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

criar em laboratório um ser humano, até dar continuidade a uma gestação, inclusive, por meio de incubadoras, em um verdadeiro útero artificial⁴³⁴.

Por isso que na visão de Chavenco e Oliveira, pode-se observar que:

“Quando se admite a condição de pessoa humana do nascituro, ao reconhecer que o embrião no ventre materno ou *in vitro* é vida humana, exige-se o compromisso com a tutela dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito, como direito à vida, à saúde, o respeito à dignidade da pessoa humana [...] Aí estes valores, expressos na Constituição Federal de 1988 é que legitimam a atuação de acordo com o ordenamento jurídico, bem como o surgimento de novas leis, baseadas nos princípios e valores da Lei Maior – Constituição Federal. Como o Brasil adotou em seu art. 1º, inciso III, da Constituição Federal a dignidade da pessoa como valor fundante da República, e considerando o embrião/feto/nascituro pessoa humana, há de ser preservada também a sua dignidade e seus direitos exigem ser tutelados. Assim, na discussão em torno dos embriões excedentes, não fecundados, a solução que não faça opção pela vida deve ser descartada, pois há de ser defendido o direito de nascer do embrião/feto/nascituro”⁴³⁵.

O que se percebe é que, se não forem suficientes tais teorias do início da personalidade humana para dar respaldo e segurança jurídica para os embriões criopreservados, na integralidade de qualquer direito, a sustentação, proteção e respaldo aos seus direitos pode dar-se por meio de outros fundamentos, no sentido de que o simples fato de que os embriões humanos fertilizados *in vitro*, ao pertencerem à classe dos seres humanos, devem ser tutelados, por si sós, integralmente, porque, principalmente, ali, também estão presentes todos os valores e a dignidade da pessoa humana.

⁴³⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **O embrião excedente: o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99.** In: *Revista trimestral de Direito Civil*, v.8, out/dez. 2001, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 91.

⁴³⁵ CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 12, n. 2, Maringá, 2012, p. 670.

CAPITULO IV

DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO ORIUNDOS POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* *HOMÓLOGA POST MORTEM*

Antes de se chegar ao objetivo principal desta tese, mister se faz discorrer a respeito dos direitos hereditários para filhos concebidos *post mortem* de um de seus pais, uma vez que a referida construção hermenêutica servirá como parâmetro para o ponto nodal da presente pesquisa.

No que tange aos direitos do filho concebido *post mortem*, há grande discussão doutrinária, conforme visto em capítulos anteriores, no tocante ao reconhecimento ou não dos direitos patrimoniais aos filhos provenientes da fertilização *in vitro homóloga* (o que se dirá, então, da *post mortem*) haja vista que, entre as teorias do início da personalidade, tem-se a teoria Natalista que adota o reconhecimento de direitos patrimoniais tão somente a partir do nascimento com vida. Por seu turno, a corrente Concepcionista entende que todos os direitos, inclusive os patrimoniais devem ser reconhecidos desde a concepção, e a terceira corrente, chamada de Concepcionista imprópria, ou da personalidade condicionada, sugere o reconhecimento de direitos não patrimoniais desde a concepção, mas os direitos patrimoniais, a partir do nascimento com vida, de forma retroativa à concepção.

Portanto, partindo destas premissas, pode-se elaborar a seguinte problemática, ou seja, como se regulam os direitos sucessórios do filho oriundos de fertilização *in vitro homóloga post mortem*? Tem ele direito a anular a partilha de bens realizada e receber uma cota na herança? A resposta remete a várias construções hermenêuticas que, abaixo, serão melhor explicadas.

4.1. Direito Sucessório

Para dar início aos estudos deste capítulo, faz-se necessário discorrer sobre algumas linhas mestras que envolvem a sucessão. Para tanto, mister se faz

conceituar o tema, alertando que o termo “sucessão” pode ser definido como o ato de transmitir patrimônio de uma pessoa para outra⁴³⁶. Na visão de Gonçalves, “a palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”⁴³⁷. Venosa, por outro lado, afirma que “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”⁴³⁸.

Nos dizeres de Coelho: “O direito das sucessões cuida de um dos meios de transmissão, que é a morte da pessoa física” e com a morte do titular dos bens, seu patrimônio não pode ficar sem novo titular, razão pela qual deve ser transferido para outras pessoas⁴³⁹. Para Monteiro e Pinto, o direito das sucessões visa designar a transferência da herança ou do legado, em face da morte de uma pessoa, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei ou por força de testamento⁴⁴⁰.

Ademais, Coelho aduz que a sucessão tem outro aspecto, porquanto, com a morte da pessoa física, ocorre a transferência de seus bens para seus familiares e, por essa razão, ele menciona que essa abordagem familiar acaba por ter um caráter assistencial do direito das sucessões, uma vez que, para o *de cuius*,⁴⁴¹ os bens que amealhou durante sua vida não têm mais serventia alguma, mas certamente serão úteis aos seus familiares, os quais poderiam ser dependentes, financeiramente, do *de cuius*, quando de sua morte⁴⁴², como é o caso do filho ainda não nascido, podendo-se, citar o filho proveniente de fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*.

Resta claro que, mediante o evento morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança ocorrem num só instante aos herdeiros. Em razão da morte, os sucessores, por previsão legal, tornam-se donos da herança, ainda que não saibam que o autor da sucessão morreu, ou que a herança lhes foi transmitida. Por isso, diz-se que, com a abertura da sucessão, defere-se todo o conteúdo do acervo

⁴³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: RT, 2008, p. 93

⁴³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17.

⁴³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12.

⁴³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 494.

⁴⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.11.

⁴⁴¹ A expressão latina de cuius é abreviatura da frase de cuius successione (ou hereditatis) agitur, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”. (Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17).

⁴⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 494-495.

hereditário e já se deixam registrados, desde logo, os herdeiros que poderão ter ou não o direito de ficar com o patrimônio do de *cujus*⁴⁴³.

Dessa forma, é diante da existência do testamento, que ocorre à sucessão testamentária⁴⁴⁴. Na ausência de testamento ocorrerá a sucessão legítima. No entanto, pode ocorrer à hipótese, na qual, haverá testamento parcial, onde se concorre simultaneamente à sucessão legítima e testamentária. Na sucessão testamentária, em razão de um testamento, o de *cujus* deixará destinados os seus escolhidos a lhe suceder, e, conseqüentemente, a quem ficará seu patrimônio, ou parte dele, não precisando ser, necessariamente, seus familiares⁴⁴⁵.

Por isso, partindo das duas modalidades de sucessão por morte supramencionadas, tem-se a questão dos suscetíveis à sucessão legítima ou testamentária que na visão de Coelho, assim se perfilam:

Os familiares de uma pessoa são classificáveis, em relação à sucessão *causa mortis*, em sucessíveis e não sucessíveis. Os primeiros são os vocacionados a herdarem bens daquela pessoa, enquanto os últimos não herdam a não ser que tenham sido lembrados na declaração de última vontade do autor da sucessão, ou seja, em seu testamento. Os familiares sucessíveis estão classificados, pela lei, segundo regras que serão examinadas a seu tempo. Cada classe de familiar sucessível posiciona-se numa ordem de chamada, que estabelece a preferência a ser observada na destinação dos bens do patrimônio do falecido. Como regra geral, se, na época da morte de uma pessoa, estão vivos familiares sucessíveis de uma classe com preferência, os das demais classes nada herdam. Por enquanto, basta conhecer quem são esses familiares titulares do direito de sucessão, sem se preocupar com a trama de preferências que os enlaça. Os familiares sucessíveis são os descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e os colaterais até o quarto grau. Assim, titulam o direito de sucessão, quando chamada a classe a que pertencem, os filhos, netos, bisnetos, tataranetos (descendentes), pais, avós, bisavós, tataravós (ascendentes), irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós (colaterais), cônjuge e convivente do falecido. São esses os familiares que podem suceder a pessoa morta na titularidade do patrimônio por ela deixado. Os demais parentes do falecido como os afins não são sucessíveis. No caso de serem não sucessíveis todos os parentes vivos do autor da sucessão, e

⁴⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁴⁴⁴ NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11. 441/07)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 179.

⁴⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 498-499.

não tendo este deixado testamento, destina-se o seu patrimônio ao Estado⁴⁴⁶.

A sucessão pode ser classificada, a título universal, ou a título singular. A título singular ocorre, quando se dá de forma restrita, ou seja, os bens transferidos aos herdeiros estão estabelecidos em legado, de forma específica e determinada a respeito de qual bem ou bens. Nesta modalidade, o requisito fulcral, como já dito alhures, é a existência de testamento que reflete a última disposição de vontade, em que o *de cuius* determina o destino do seu patrimônio, o qual é chamado de legado, e quem irá recebê-lo, de legatário⁴⁴⁷.

A sucessão universal ocorre quando um herdeiro recebe uma parte da integralidade da herança⁴⁴⁸ e o restante vai para os demais herdeiros. As nomenclaturas são diferentes, uma vez que se designa “herança” o patrimônio transferido de uma pessoa para outra e herdeiro aquele que recebe ou está apto a receber a herança referida⁴⁴⁹.

Na sucessão universal, está-se diante da transmissão de patrimônio, que pode ocasionar a inclusão de obrigações passivas do *de cuius*, ou seja, as dívidas deixadas pelo falecido e em havendo dois ou mais herdeiros, cada qual herda uma quota-parte do patrimônio⁴⁵⁰.

Na sucessão singular, em havendo também herdeiros, estes ficam com a obrigação de entregar em favor do legatário o bem ou os bens do patrimônio do falecido que lhe foi ou foram destinado(s), motivo pela qual se diz que o que fora deixado de bens pelo testamento (legado), nada mais é do que uma obrigação a ser cumprida pelos herdeiros em favor do legatário⁴⁵¹.

COELHO faz uma ressalva quanto à disposição dos bens deixados pelo *de cuius*, no que tange à obrigação dos herdeiros em cumprir com o que foi disposto em testamento. Observe-se que:

⁴⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 497-498.

⁴⁴⁷ NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11. 441/07)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37.

⁴⁴⁸ *A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo (CC, arts. 1.792 e 1.997) (Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26).*

⁴⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 499-500.

⁴⁵⁰ Op. cit., p. 501.

⁴⁵¹ Idem, ibidem.

[...] essa obrigação só existe na medida em que não comprometa o atendimento aos direitos de outros sucessores ou mesmo de credores do falecido (Cap. 64, item 4). Note que todo sucessor legatário é testamentário, mas nem todo testamentário é legatário. Se o falecido testa em favor do sucessor um determinado apartamento residencial, ele é legatário desse específico bem. Aliás, não há como destinar certo bem a um sucessor em particular senão por meio de testamento. O legado é sempre uma cláusula da declaração de última vontade do morto. Por isso, todo legatário é necessariamente sucessor testamentário. Mas é possível, também, fazer-se testamento deixando herança aos sucessores, ou seja, transferindo-lhes a titularidade do patrimônio como um todo ou de quotas-partes dele, sem a indicação, pelo testador, do bem cabível a cada herdeiro. Aqui, o sucessor é testamentário (porque foi escolhido pelo autor da sucessão), mas não legatário (inexiste legado). Em outros termos, o herdeiro pode ser sucessor legítimo ou testamentário, assim como o sucessor testamentário pode ser herdeiro ou legatário; mas o legatário só pode ser testamentário. Quando um sucessor legítimo é aquinhoadado, por testamento, com um legado, ele o é na condição de testamentário⁴⁵².

Deve ser lembrado, a respeito da capacidade testamentária ativa, que o testador apenas pode ser considerado apto para testar, se verificada a sua capacidade e a forma extrínseca do testamento, haja vista que ambos os pressupostos devem estar de acordo com a lei vigente, na data do testamento. Em contrapartida, na situação de legitimidade para sucessão universal e sua eficácia, deverá estar de acordo com a legislação que estiver em vigor, no momento da abertura da sucessão⁴⁵³.

No mesmo sentido acima exposto, Gonçalves assim esclarece:

Em matéria de vocação hereditária não se legisla para alcançar o passado, mas apenas para reger o futuro. A lei do dia da morte rege todo o direito sucessório, quer se trate de fixar a vocação hereditária, quer de determinar a extensão da quota hereditária. Não pode a lei nova disciplinar sucessão aberta na vigência da lei anterior. Eficácia das disposições testamentárias é, igualmente, sempre regida pela lei do tempo da abertura da sucessão. Entretanto, no que tange à elaboração do testamento, às suas formalidades ou à capacidade para testar, prevalece a lei do tempo em que é feito o testamento. Assim, se a disposição for válida de acordo com a lei anterior, mas a

⁴⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 501-502.

⁴⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: RT, 2008, p. 319-320.

lei vigente ao tempo da morte negar-lhe validade, dever-se-á considerar como não escrita a cláusula testamentária⁴⁵⁴.

Ainda no que diz respeito ao direito sucessório, é importante esclarecer que, em face do princípio da *saisine*⁴⁵⁵, após a abertura da sucessão, com a morte, o patrimônio é transmitido para os herdeiros, imediatamente, ou seja, independentemente de qualquer formalidade⁴⁵⁶.

O herdeiro chamado a suceder tem em seu poder a faculdade de aceitar ou não a herança. Tanto é que, se ele aceitar a condição de herdeiro, a transmissão da herança advinda do princípio da *saisine* passa a ser definitiva, conforme o disposto no art. 1.804, do Código Civil. Registre-se, por oportuno, que a referida aceitação pode ocorrer de forma tácita, expressa ou presumida. Entretanto, se renunciar à herança, a transferência provisória ocorrida anteriormente pelo princípio da *saisine* não é válida, por força da inteligência do disposto no art. 1.804, parágrafo único, do Código Civil⁴⁵⁷.

Mister informar, que na sucessão testamentária, o número de legitimados a suceder poderá ser bem maior do que na sucessão legítima, uma vez que o art. 1.799, do Código Civil, relaciona outros beneficiários que não foram favorecidos na sucessão universal, haja vista que o referido artigo supramencionado aduz, também, os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador bem como as pessoas jurídicas e, ainda, pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação⁴⁵⁸.

Sobre os aspectos gerais, pode-se dizer que a partir do momento em que a sucessão for aberta, cria-se a possibilidade de os herdeiros transferirem mediante cessão, a sua cota parte do patrimônio de cunho econômico deixado pelo de *cujus*. Registre-se que a cessão de direitos hereditários nada mais é do que um negócio jurídico translativo *inter vivos*, o qual se configura mediante um pacto sucessório, mesmo que não se tenha feito, ainda, a abertura do inventário. Somente é permitida

⁴⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

⁴⁵⁵ “Segundo esclarece Planiol, *saisine* quer dizer posse, e *saisinehéritaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade” (Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29).

⁴⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: RT, 2008, p. 101.

⁴⁵⁷ NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11.441/07)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49-56.

⁴⁵⁸ BRASIL, Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 28/09/2015.

essa cessão de direitos hereditários se não foi imposta aos bens deixados pelo falecido cláusula alguma de inalienabilidade. Saliente-se que tal cessão de direitos hereditários pode ocorrer de duas formas: gratuita ou onerosa, o que *“consiste na transferência que o herdeiro, legítimo ou testamentário, faz a outrem de todo quinhão ou de parte dele, que lhe compete após a abertura da sucessão”*⁴⁵⁹.

Por oportuno, deve ser dito que a cessão de direitos hereditários, na forma gratuita, equipara-se à doação e, na forma onerosa, se equipara à compra e venda⁴⁶⁰. Outra particularidade da cessão hereditária está no fato de que se faz presente o direito de preferência titulado pelos demais herdeiros, haja vista que, entre a abertura da sucessão e a partilha, existe um condomínio indivisível entre os herdeiros, sendo a nenhum deles permitido ser cedida sua quota hereditária a pessoa estranha, sem antes oferecer aos demais herdeiros, inclusive em igualdade de preço e condições; tanto é que, se um dos herdeiros não tiver o direito de preferência respeitado pode depositar o preço em juízo, nos cento e oitenta dias após a transmissão e obter para si a quota cedida⁴⁶¹.

No que toca aos aspectos gerais do direito sucessório especialmente no seu âmbito processual, deve ser observado que *“a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785 do CC)”*, ou seja, a princípio, o foro competente para o processamento do inventário, mesmo que o evento morte tenha ocorrido em outro local ou até no exterior, e ainda que outros sejam os locais da situação dos bens, a regra geral é que o inventário deve ser proposto no último domicílio do falecido⁴⁶².

Entretanto, Gonçalves adverte que o art. 1.785 do Código Civil, por se tratar de norma de direito material, tem que ser analisado em conjunto com o Código de Processo Civil, por meio do art. 48⁴⁶³ e seus parágrafos principalmente, uma vez que a abertura da sucessão não significa o mesmo que abertura do inventário. Ademais, se o domicílio do falecido for incerto, a legislação processual adverte para

⁴⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁴⁶⁰ Idem, ibidem.

⁴⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 536-537.

⁴⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

⁴⁶³ Art. 48 do Novo CPC: *“O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha corrido no estrangeiro”*.

que o local de abertura do inventário passe a ser o da situação dos bens. Contudo, se porventura, os bens que compõem a herança se situarem em locais diversos, a competência será “do lugar em que ocorreu o óbito”, uma vez que não é possível a multiplicidade de inventários relativos a uma mesma herança. Para a hipótese de pluralidade domiciliar, a legislação permite a abertura do inventário em qualquer foro correspondente a um dos domicílios do finado⁴⁶⁴.

Por fim, quanto à competência para processar referido inventário, deve ser dito que, de acordo com entendimento predominante na jurisprudência pátria, é relativa, suscetível de prorrogação, em casos de silêncio dos interessados. Aliás, nesse sentido, já se posicionou a 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, a saber: “A competência para o processo sucessório é relativa, não podendo ser arguida de ofício”⁴⁶⁵.

Outro fato processual de relevante importância a ser mencionado refere-se à nomeação de inventariante, o qual será nomeado a partir do início da abertura do inventário, e este ao aceitar tal encargo, prestará compromisso e, em vinte dias, terá que apresentar as primeiras declarações. Registre-se que o inventariante é a pessoa que tem por função administrar os bens do espólio, sendo o seu representante legal⁴⁶⁶.

A lei processual em vigor adverte que somente poderão exercer essa função pessoa capaz e que não tenha qualquer interesse contrário ao do espólio bem como a referida lei processual dita a ordem preferencial das pessoas que podem ser nomeadas para o aludido cargo⁴⁶⁷.

Derradeiramente, quanto aos aspectos gerais do direito sucessório, deve ser abordada neste momento, a questão da Petição de Herança, até por que o referido tema servirá, mais adiante, para ajudar a justificar a possibilidade de se

⁴⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-36.

⁴⁶⁵ STJ. Processo nº 3.646-6-PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 25-9-1995, p. 31059.

⁴⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

⁴⁶⁷ Novo Código Processo Civil - Art. 617: “O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem: I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados; III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e administração do espólio; IV - o herdeiro menor, por seu representante legal; V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados; VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário; VII - o inventariante judicial, se houver; VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial”.

reconhecer a imprescritibilidade dos direitos de herdar dos filhos provenientes de *fertilização in vitro post mortem*. Consoante a visão de Coelho:

A petição de herança é a ação judicial que o verdadeiro herdeiro pode mover contra o aparente ou o possuidor, para ver respeitados seus direitos sucessórios. A petição de herança é cabível sempre que o bem de pessoa falecida tiver sido transmitido (ou estiver em vias de o ser) para pessoa que não titularizava o direito de o receber ou estiver indevidamente na posse de quem não ostenta a condição de sucessor⁴⁶⁸.

COELHO, ao melhor explicar a praticidade de referida ação de Petição de Herança, cita o exemplo do filho havido fora do casamento e não reconhecido pelo genitor, caso em que aquele pode mover a ação de reconhecimento de paternidade, enquanto viver⁴⁶⁹. Se o fizer, depois do falecimento do genitor, e ainda depois da partilha, poderá demandar contra os sucessores aos quais tiver sido transmitida a herança e, julgada procedente a ação de reconhecimento de paternidade, poderá reivindicar em face dos sucessores sua cota, automaticamente, ou mesmo toda a herança, se for único herdeiro do falecido⁴⁷⁰.

Importa ressaltar que a petição de herança tem lugar, em geral, quando concluída a partilha, uma vez que aqueles que se reconhecem por herdeiros, antes de concluída a partilha, devem habilitar-se no inventário⁴⁷¹.

Por oportuno, deve ser relatado que, em havendo mais de um herdeiro que ficou de fora do inventário e, conseqüentemente, da partilha, um deles intentando a petição de herança, os demais aproveitam-na, em face da natureza de condomínio que se reveste a herança⁴⁷².

Saliente-se, por fim que qualquer condômino pode reclamar a coisa comum de terceiro, isoladamente, bem como pode qualquer herdeiro ingressar com a petição de herança sem o concurso dos demais⁴⁷³.

⁴⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 545.

⁴⁶⁹ Art. 1.606 do Código Civil: "A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz"

⁴⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 546.

⁴⁷¹ Op. Cit., p. 548–549.

⁴⁷² Idem, ibidem.

⁴⁷³ Idem, ibidem.

4.2. – Direito Sucessório no Ordenamento Brasileiro e suas Disposições Quanto aos Filhos Concebidos por Reprodução Humana Assistida

Para efeitos sucessórios (quanto às técnicas de reprodução humana assistida) deve-se deixar claro que a doutrina divide-se, quanto aos direitos do concepturo (daquele que será, futuramente concebido com o sêmen congelado), do embrião criopreservado e daquele já implantado no útero materno à época da morte do genitor.

Importa ressaltar também que dentro das possibilidades, citadas acima, de técnicas de reprodução humana, apenas na modalidade *homóloga* discutir-se-á se é possível ou não vir o conceito a suceder, razão pela qual, afastam-se as outras modalidades no presente estudo. Aliás, Coelho assim explica:

Lembro, a propósito, que a fecundação assistida *post mortem* só gera o vínculo de filiação sendo *homóloga*, quer dizer, quando o microgameta de que proveio o embrião tiver sido fornecido por quem era casado ou mantinha união estável com a fornecedora do macrogameta (CC, art. 1.597, III e IV). O útero em que esse ser será gerado não precisa ser necessariamente o da fornecedora do óvulo. Ela, aliás, pode estar bastante velha, ou até mesmo morta, na época em que se fizer o implante do embrião em ambiente uterino⁴⁷⁴.

Para dar início a tal discussão, mister se faz relatar que, segundo a legislação civil pátria, têm vocação hereditária, além dos nascidos, aqueles concebidos à data da abertura da sucessão, conforme disciplina o art. 1.798⁴⁷⁵ do Código Civil. Neste artigo, denota-se que a lei não distingue, no tocante à concepção, se ela é natural, ou seja, decorrente de relações sexuais ou artificial, oriunda da fecundação *in vitro* ou de inseminação⁴⁷⁶.

Portanto, em face disso, não há como discriminar qualquer das formas de concepção, razão pela qual tanto a pessoa que, na data do falecimento do autor da herança, encontrava-se concebida naturalmente como a que será concebida

⁴⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606.

⁴⁷⁵ CÓDIGO CIVIL – Art. 1798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

⁴⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605.

futuramente, por processo de fertilização assistida, poderá, em tese, ter capacidade para suceder⁴⁷⁷.

Contudo, o problema do presente assunto não está na situação em que já exista a concepção, mesmo por concepção artificial, no momento da morte do autor da herança e já implantado no útero materno, mas, quando, por já ter morrido o autor da herança, têm-se apenas embriões, ou gametas criopreservados provenientes do autor da herança. Assim, o entrave para tal discussão está em considerar os embriões e os gametas criopreservados como ser humano-pessoa, fato este que adiante será melhor explicado.

Saliente-se, quanto à disposição contida no art. 1.798 do Código Civil que só não se legitimam, como dito, as pessoas expressamente excluídas. As pessoas jurídicas de direito público ou privado, aliás, poderão ser beneficiadas. Assim, por exemplo, não poderão ser contemplados animais bem como estão excluídas as coisas inanimadas e as entidades místicas⁴⁷⁸.

Outro ponto interessante a ser mencionado refere-se ao fato de que o art. 1.798 do Código Civil não diferencia, para a sucessão legítima ou testamentária, a possibilidade de pessoas nascidas, ou já concebidas na data do falecimento do autor da herança terem capacidade sucessória⁴⁷⁹.

Da mesma forma, deve ser dito que não há qualquer problema para herdar, quanto aos filhos que possuem a paternidade presumida baseada nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil⁴⁸⁰, bastando, para tanto, a comprovação ou a contestação do tempo da concepção. Nesse sentido, Leite explica:

[...] de acordo com o atual artigo 1.597 (ex-artigo 338), a lei admite ação judicial para fixar a data provável da concepção dentro do período legal de concepção ou para provar, ao contrário, que a gestação foi inferior a 180 dias, ou superior a 300 dias (art. 1.597). Ou seja, se o sucessível nascer dentro dos 300 dias subsequentes à data da morte do autor da sucessão, goza da presunção do artigo 1.597, e, pois, herda naturalmente. Nada impede, porém, que os outros interessados intentem ação destinada aprovar que a concepção ocorreu posteriormente à data da abertura da sucessão. Como,

⁴⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605.

⁴⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

⁴⁷⁹ Idem, ibidem.

⁴⁸⁰ Art. 1597 do Código Civil: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento".

igualmente, pode um herdeiro, nascido depois dos 300 dias subsequentes à data da abertura da sucessão, propor ação destinada a provar que foi concebido antes ou no momento da morte do *de cujus*⁴⁸¹.

Tampouco não é diferente quanto aos referidos incisos III e IV, do mesmo art. 1.597 do Código Civil, conforme discutido amplamente, na Jornada de Direito Civil de nº I, realizada pelo Conselho Federal de Justiça, que resultou nos Enunciados de nº 106⁴⁸² e 107⁴⁸³, no sentido de que, em casos em que exista autorização prévia escrita do marido, na hipótese de fertilização *in vitro post mortem homóloga*, e a mulher encontrar-se em estado de viuvez, quando da realização de referida técnica, deve ser presumida a paternidade do falecido pai do filho nascido de tal procedimento de reprodução humana assistida.

Por fim, quanto ao referido art. 1.597 do Código Civil, deve ser dito que a presunção de paternidade a que tanto este dispositivo se refere apenas tem importância para a incidência da presunção legal da paternidade; contudo não tem qualquer importância para a caracterização da filiação legítima, até porque, para o reconhecimento do estado de filiação, não há mais qualquer distinção entre legítima ou ilegítima⁴⁸⁴.

Mister se faz mencionar, outrossim, no que toca ao direito sucessório, particularmente na sucessão testamentária, a possibilidade de se fazer uso de técnicas de reprodução humana assistida para beneficiar os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas na data de abertura da sucessão, tudo em razão do contido no inciso I do art. 1.799⁴⁸⁵ do Código

⁴⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direitos das sucessões**: arts. 1784 a 2027. v. 21. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 104.

⁴⁸² Enunciado 106 – “Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”. (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 01/10/2015).

⁴⁸³ Enunciado 107 – “Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra o inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões. (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 01/10/2015).

⁴⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

⁴⁸⁵ CÓDIGO CIVIL – art. 1.799 – “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Civil, sendo também expresso no art. 1.800,⁴⁸⁶ do mesmo diploma legal que os bens a serem entregues a esse filho ainda não concebido ficarão à disposição de um curador nomeado pelo juiz, até o prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão para nascer o embrião, sob pena de, não nascendo, serem tais bens partilhados entre os herdeiros legítimos.

VENOSA, ao comentar os dois dispositivos acima, aduz que o testador poderá modificar livremente o prazo para a concepção do referido beneficiário do testamento bem como ratifica que, em razão de tais artigos do Código Civil, há a possibilidade da aplicação das técnicas de reprodução humana assistida para atender a tais comandos do ordenamento civil brasileiro⁴⁸⁷. Diferente não é o pensamento de Gonçalves ao dizer que:

O dispositivo, como se vê, indica outras pessoas, além das existentes ou já concebidas quando da abertura da sucessão, que também podem ser contempladas. Diferentemente do art. 1.798, que trata dos que podem ser chamados a suceder, de forma genérica e abrangendo herdeiros legítimos, testamentários e legatários, cuida o presente artigo de pessoas que só podem receber a herança ou os legados por disposição de última vontade. O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança⁴⁸⁸.

Portanto, existem algumas exceções à regra de que a condição para herdar é a existência do herdeiro ao tempo da morte do de *cujus*. Deve ser lembrado aqui o caso do nascituro, haja vista que, em conformidade com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do começo da personalidade humana (art. 2º), tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade, razão pela qual há outra exceção à regra, no que tange a atribuição de direitos ao nascituro⁴⁸⁹ desde a

⁴⁸⁶ CÓDIGO CIVIL – art. 1.800: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775. § 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber. § 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

⁴⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56-57.

⁴⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

⁴⁸⁹ Pela previsão do Código Civil brasileiro e por alguns doutrinadores não se compreende o embrião como nascituro, conforme explicado em capítulo anterior deste trabalho.

concepção, pois, desde esse momento, já começa a formação do novo ser. Dessa forma, os nascituros podem ser chamados também a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação hereditária dependente do seu nascimento⁴⁹⁰.

Da mesma hermenêutica supracitada pelos art. 1.799 e 1.800 do Código Civil admite-se também a vocação do nascituro, aplicando-se a sucessão testamentária e a legítima, para a qual se equipara a legitimação da prole eventual (concepturo), desde que nascido dentro do prazo da lei⁴⁹¹.

Nesse diapasão, não teria como se falar em direitos sucessórios e suas disposições para os filhos nascidos das técnicas de reprodução humana assistida, sem mencionar os assuntos acima, os quais reconhecem, de forma muito clara, a presunção de paternidade de filhos gerados por fertilização *in vitro* homóloga post mortem a qualquer tempo após a morte do genitor. Resta apenas a discussão quanto ao direito de herdar, já que houve total omissão por parte da legislação pátria, não proibindo seu reconhecimento, tão pouco admitindo essa possibilidade, razão pela qual adiante será abordado o estudo das teorias que defendem a impossibilidade e a possibilidade de sucessão aos filhos da fertilização *in vitro* homóloga post mortem.

4.3 - Impossibilidade de Sucessão aos Filhos Oriundos de Fertilização *in vitro* homóloga post mortem

Divergentes são as posições a respeito do uso da fertilização *in vitro* post mortem, conforme já se viu, em capítulo anterior. O ordenamento civil, por existir a possibilidade de se realizar a fertilização *in vitro* post mortem, conforme dito alhures, conseguiu deixar claro que não há qualquer problema em termos de efeitos legais para esse filho da fertilização *in vitro* post mortem, em ocorrendo a concepção antes do momento da morte de um dos genitores ou ocorrendo depois, desde que a criança nasça no período de 300 dias subsequentes à morte, haja vista que tal hipótese enquadra-se na moldura jurídica do inciso II do art. 1.597 do Código Civil.

⁴⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52-53.

⁴⁹¹ Idem, ibidem.

Entretanto, se a referida fertilização *in vitro post mortem* não for realizada dentro do referido prazo acima suscitado, certamente a polêmica será longa, quando se tratar de direitos patrimoniais desse filho fertilizado *in vitro post mortem*, mesmo na modalidade *homóloga*.

Assim, serão apresentadas, neste momento, algumas justificativas formuladas por aqueles que defendem a impossibilidade de terem direitos sucessórios os filhos da fertilização *in vitro homóloga post mortem* fora do prazo acima mencionado.

Em primeira análise, faz-se mister aduzir que o legislador pátrio, a princípio, não permite a transmissão de herança para o filho concebido por fertilização *in vitro* após a morte do seu genitor, o que resulta de uma interpretação literal do próprio art. 1.798 do Código Civil que dispõe: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Nesse sentido Leite perfila:

O disposto no artigo 1.798 é suficientemente claro a evitar qualquer dificuldade de exegese: somente estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas, no momento da abertura da sucessão. Ou seja, o princípio geral de que são capazes de herdar as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão passa, assim, a reger toda a matéria sucessória, acompanhado, de perto, pelo segundo princípio [...] que a condição para herdar é a existência do herdeiro ao tempo da morte do *de cujus*⁴⁹².

Nesse sentido, convém transcrever o entendimento de Pereira, a saber:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem, **uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1784) e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão**⁴⁹³ (sem grifo no original).

Com base na leitura das doutrinas acima mencionadas e a respeito do que dispõe o ordenamento civil, observa-se que não se deve falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por fertilização *in vitro post mortem*, tanto que Almeida Júnior, ao justificar a negativa de direito sucessório ao filho fertilizado *in*

⁴⁹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

⁴⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 5, São Paulo: Forense, 2001, p. 318.

vitro homóloga post mortem, aduz que, mesmo que se reconheça o *status* de filho por força de presunção legal, ainda assim, para fins de direito sucessório, teria que se sujeitar ao contido no art. 1.798 do Código Civil, ou seja, por não estar o nascituro ainda concebido e, muito menos, nascido, na abertura da sucessão, não há que se falar em direitos sucessórios⁴⁹⁴.

MARINHO, do mesmo modo, vê no ordenamento civil pátrio, à luz do referido art. 1.798, a impossibilidade de herdar aos filhos da fertilização *in vitro post mortem*:

A questão reside no fato de, adotando técnicas reprodutivas pós a morte dos genitores biológicos, estar-se-ia condenando, de antemão, à orfandade referida criança, com possíveis reflexos patrimoniais, uma vez que a legislação brasileira determina que 'legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão' (art. 1798 do CC de 2002)⁴⁹⁵.

Similarmente, Ascensão defende a negativa de direitos sucessórios ao filho da fertilização *in vitro post mortem*, sustentando outro aspecto que toda a dinâmica do direito sucessório estaria vinculada a uma situação a ser resolvida a curto prazo e que, se se admitisse a sucessão ao filho oriundo da fertilização *in vitro* na modalidade *homóloga* póstuma a referida sucessão estaria fadada a nunca fixar uma previsão para o número de herdeiros e, até mesmo, uma definitiva partilha⁴⁹⁶.

MEIRELLES segue a mesma linha de raciocínio quando justifica a impossibilidade de direito sucessório ao filho oriundo da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, uma vez que o marco sucessório não deveria ficar à mercê da sorte ou sem qualquer determinação de prazo, até porque se isso ocorresse, impossível seria a fixação dos herdeiros e o esclarecimento a respeito das situações de herança⁴⁹⁷.

Diferente não é o pensamento de Gama, que afirma que o uso da fertilização *in vitro homóloga post mortem* pode acarretar como consequência enorme insegurança jurídica aos herdeiros existentes à época da abertura da

⁴⁹⁴ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 11, nº 55, ago.-set., Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 23.

⁴⁹⁵ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Dissertação de Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Bauru, ITE, 2005, 227 f.

⁴⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas Jurídicos da Procriação Assistida**. v. 328, ano 90. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 79.

⁴⁹⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 78-79.

sucessão, uma vez que, a qualquer momento, pode surgir um novo herdeiro advindo da utilização de embriões criopreservados⁴⁹⁸.

DELGADO comunga da mesma ideia acima, ou seja, de que a fertilização *in vitro post mortem* não deverá criar qualquer direito sucessório, uma vez que ela traria problemas de ordem prática e porque infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade⁴⁹⁹.

Além disso, o referido jurista aduz que tal negativa de direitos sucessórios nesta modalidade de fertilização *in vitro* não implica desrespeito ao princípio da igualdade entre filhos porque o referido princípio orienta a tratar os iguais, de forma igual, e os desiguais, de forma desigual, e que, no caso da fertilização *in vitro post mortem*, existe total distinção em se gerar um filho com a concepção natural que ocorre antes da morte de um dos genitores⁵⁰⁰.

SANTOS e NUNES, reportando que as técnicas de reprodução humana assistidas, a fertilização *in vitro post mortem* principalmente, podem causar problemas quanto à sucessão, uma vez que: “[...], verifica-se que estas residem drasticamente na sucessão, nos direitos hereditários. A partilha de bens ficará eternamente sem definição, sem segurança jurídica, e isso não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro”⁵⁰¹.

Para Pisetta essa indefinição, no que toca à partilha, em se admitido a fertilização *in vitro post mortem*, a qualquer tempo, poderia proporcionar, por exemplo, a anulação da partilha, prejuízos irreparáveis a terceiros de boa-fé que adquiriram cota de um dos herdeiros⁵⁰².

Outro aspecto que não justificaria o direito sucessório aos filhos da fertilização *in vitro post mortem* está no fato de a própria lei, ao permitir a inseminação *post mortem*, de forma indiscriminada, facultar às futuras mães o bom senso de conceber ou não com os espermatozóides armazenados, podendo fazer

⁴⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.000.

⁴⁹⁹ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios: do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano VIII, nº 188, 15 nov. 2004, Brasília: Consulex, 2004, p. 42-45.

⁵⁰⁰ Idem, ibidem.

⁵⁰¹ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez., Bauru, 2007, p. 274.

⁵⁰² PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 129.

nascer, inclusive, uma criança que, além de não ter pai, ser instrumento de uma manipulação⁵⁰³.

A referida manipulação estaria vinculada ao fato de as referidas mães aproveitar-se da herança do seu ex-marido ou companheiro, por terem, simplesmente, a opção de conceber e gerar um filho pela referida inseminação, possibilitando que a herança de seu ex-companheiro, ou parte dela, possa vir a não ficar exclusivamente com filhos de um primeiro casamento⁵⁰⁴.

PISETTA perfila o entendimento, nesse sentido financeiro e perigoso, que pode levar à fertilização *in vitro post mortem*, ao mencionar:

“[...]. No entanto, não se pode deixar de cogitar eventual interesse financeiro. Afinal, considerando que alguns indivíduos possuem ganância e interesses pessoais como prioridade em suas vidas e, se o de cujus possuía um patrimônio considerável, pode surgir a ideia de capturar valores utilizando-se a geração de uma criança, mediante a reprodução assistida *homóloga* póstuma, como artifício para tanto, Tal ato certamente fere o princípio da dignidade humana”⁵⁰⁵.

Portanto, com base nesses primeiros argumentos, alguns doutrinadores não veem com “*bons olhos*” a utilização interpretativa das normas cíveis vigentes de forma ampla, uma vez que, pelo que se observa de suas assertivas, é que devem ser restritivamente cumpridas porque entendem que a questão da fertilização *in vitro post mortem* abre caminho bastante perigoso e polêmico pela sua própria utilização com possíveis consequências para os demais herdeiros, caso existirem, bem como para o próprio filho oriundo da referida técnica de reprodução humana, que nasce sem um pai, e, principalmente, para todo o sistema sucessório do direito, eis que pode ser interpretado de forma a causar insegurança e indefinição temporal quanto aos herdeiros e à própria partilha dos bens deixados pelo de *cujus*.

Restaria, no direito sucessório, o questionamento a respeito da disposição de vontade do testador, prevista no art. 1.799, inciso I, do Código Civil, que reza o seguinte: *Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas*

⁵⁰³ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez., Bauru, 2007, p. 274.

⁵⁰⁴ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez., Bauru, 2007, p. 274.

⁵⁰⁵ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem**: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 143-144.

estas ao abrir-se a sucessão. Do mesmo raciocínio acima exposto “*cai por terra*” também essa possibilidade de herdar para os filhos da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, ainda que exista previsão legal, uma vez que é requisito que estejam nascidos, por ocasião da abertura da sucessão.

A respeito da disposição testamentária para o caso em tela, segundo Leite:

Os ainda não concebidos (‘prole eventual’, na ótica do legislador de 16) podem ‘ainda’ herdar na sucessão testamentária (art. 1.799, I), isto é, além da hipótese geral inserta no artigo 1.798, ainda podem ser herdeiros os filhos ainda não concebidos. Mas, nessa segunda hipótese, o legislador estabeleceu uma condição restritiva à sucessão: que estejam ‘vivas’ ao abrir-se a sucessão. Logo, se o testador privilegiou a prole eventual de uma sua filha e se esta, ao abrir-se a sucessão, já morreu, caduca a disposição testamentária⁵⁰⁶ (sem grifo no original).

No sentido contrário ao direito de herança do filho concebido *post mortem* de seu genitor, quanto à disposição testamentária, Meirelles assim pensa:

Na sucessão testamentária, ainda que exista previsão legal para a designação, pelo testador, da eventual prole de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (art. 1.718 do Código Civil), o dispositivo não abrange o ser nascido posteriormente em consequência de criopreservação de gametas do próprio testador, eis que a lei prevê a designação de filhos de outras pessoas. E em relação aos embriões já concebidos e mantidos em laboratórios, a disposição testamentária relativa à prole eventual também não os atingiria, porquanto já concebidos e também porque a situação sucessória permaneceria indefinida e, o que parece pior, a definir-se segundo a vontade dos indigitados pais do beneficiário a nascer⁵⁰⁷.

BARBOZA suscita crítica de que o art. 1.799, inciso I, do Código Civil não diz respeito à prole do testador, uma vez que se assim pretendesse o legislador, teria pormenorizado, no indigitado inciso, a possibilidade de o testador indicar seus próprios filhos e, se assim não o fez, é porque não pretendia, pois “*preceitos excepcionais devem restar expressos e sua interpretação deve ser estrita*”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-25.

⁵⁰⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 79.

⁵⁰⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 54-55.

Portanto, entende essa corrente de juristas que nem por sucessão testamentária poderá o filho da fertilização *in vitro homóloga post mortem* ter direito à sucessão hereditária dos bens deixados por seu falecido genitor.

A visão de Machado tampouco é diferente, uma vez que, para ela, a previsão contida no art. 1.799 do Código Civil não abrange os filhos do testador, porquanto a referida lei brasileira prevê apenas a designação de filhos de outras pessoas⁵⁰⁹.

Portanto, entende-se, por meio da construção teórica e todos os seus argumentos acima mencionados, que não há direitos sucessórios para os filhos nascidos via fertilização *in vitro homóloga*, após a morte de seu genitor. Aliás, sob qualquer vértice que se analise a questão sucessória perante essa corrente, observa-se que a pretensão da legislação civil é de buscar um fim à situação de condomínio de bens, fazendo com que os herdeiros tenham rapidamente suas cotas, conduzindo, por via de consequência, à partilha definitiva⁵¹⁰.

E diga-se mais: para essa corrente, as consequências de uma inseminação *post mortem* acabam por residir no direito sucessório, em drástica e eterna indefinição, causando insegurança jurídica, o que, segundo essa corrente não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro⁵¹¹. Isso tudo sem falar que tais juristas são adeptos da teoria Natalista do início da personalidade do ser humano e defendem, como dito alhures, que a personalidade jurídica e, por via de consequência, os direitos e obrigações de qualquer ser humano, inclusive os patrimoniais somente existirão, a partir do nascimento com vida.

4.4 – Possibilidade de Sucessão aos Filhos Oriundos de Fertilização *in vitro homóloga post mortem*

Primeiramente, quanto a este tópico, deve ser esclarecido que, para ser aceita tal possibilidade de direitos sucessórios aos filhos oriundos da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, deve-se aceitar que o início da personalidade de

⁵⁰⁹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos & jurídicos**. 1 ed. 7 Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 108.

⁵¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.25.

⁵¹¹ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez., Bauru, 2007, p. 274.

qualquer ser humano dá-se com a concepção e, conseqüentemente, da mesma forma, dá-se o reconhecimento da pessoa humana. Assim existem duas correntes doutrinárias que podem ser aplicadas para tal possibilidade de reconhecimento de direitos sucessórios aos filhos provenientes da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, ou seja, a Teoria Concepcionista, inclusive é a que melhor atende a tal preceito e com maior esforço hermenêutico, mas não impossível, a Teoria Concepcionista Imprópria ou da Personalidade Condicionada, conforme já apresentada em capítulo anterior desta tese.

Assim, restaria para superar tal impasse, quanto à possibilidade da sucessão aos filhos oriundos da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, dizer que cabem muito mais facilmente, nesta análise, as situações em que existam embriões criopreservados (até porque alguns doutrinadores os igualam aos nascituros, conforme exposto em capítulo anterior) do que as situações em que se tem apenas o material genético do casal armazenado isoladamente porque, para alguns doutrinadores, material genético armazenado é mera expectativa de vida e nesse caso, não há, ainda, que se falar em concepção.

Nesse sentido é o pensamento de Coelho, que defende o direito sucessório apenas com a existência de embrião criopreservado, mas não com material genético armazenado individualmente:

Se o embrião já existia na data da abertura da sucessão, mesmo que estivesse crioconservado, o ser dele resultante terá capacidade sucessória se um dia vier a ser implantado num útero e, depois da gestação, nascer com vida⁵¹².

Igual ao acima exposto é o pensamento de Diniz, ou seja, ela sustenta que o conceito somente terá direito a herdar se, no momento da morte do autor da herança, já existia embrião criopreservado, do próprio material genético do *de cujus*, e, se tal embrião for implantado em um útero posterior à sua morte, vindo nascer com vida, essa criança poderá pleitear sua herança, por meio de petição de herança, e portanto, ter direito sucessório⁵¹³.

MONTEIRO e PINTO comungam da possibilidade de concessão de direitos hereditários aos embriões excedentários, aduzindo, inclusive, que as

⁵¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

⁵¹³ DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 61-62.

hipóteses descritas nos incisos III a V do art. 1.597 do Código Civil devem ser vistas como exceções à regra imposta pelo legislador referente à legitimação para suceder reconhecida apenas ao embrião já concebido *in alma nobile*. Aliás, defendem que as expressões “fecundação” e “inseminação artificial” sejam utilizadas de forma sinônima, e que “concepção” também deve equiparar-se a elas, a fim de atender à previsão contida no art. 1.798 do Código Civil de 2002⁵¹⁴.

Porém, mesmo em situações de simples armazenamento genético e posterior fertilização *in vitro homóloga post mortem*, por exemplo, Almeida defende que, se o legislador pátrio reconhece os efeitos pessoais da filiação ao *concepturo*, não se justificaria, então, afastar os efeitos patrimoniais, os da sucessão, no caso em tela, até porque, segundo ele, não se vive mais sob um sistema no qual se diferenciam filhos em razão de sua origem⁵¹⁵.

Para dar início à abordagem das correntes que defendem o direito sucessório ao filho oriundo da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, cumpre ressaltar que o referido tópico iniciar-se-á, a partir de construção hermenêutica de justificativas que possam englobar ambas as modalidades de sucessão, ou seja, tanto a legítima como a testamentária bem como pela própria legislação civil, seja no âmbito do direito sucessório, seja do direito de família e, também, por critérios e princípios constitucionais.

É oportuno ressaltar que as referidas justificativas vão ao encontro de tudo que fora dito em capítulos anteriores deste trabalho, podendo ser citada, inicialmente, a questão do direito ao planejamento familiar e a todos os princípios que envolvem o direito de família, o direito à filiação, notadamente o direito à paternidade responsável, o direito à liberdade, o princípio da igualdade entre filhos, a não-discriminação entre estes, e as próprias características inerentes à personalidade humana, não podendo, é claro, deixar de mencionar o princípio vetor que é o da dignidade humana.

Deve ser citado, ademais, que referidas justificativas passam também por questões de relatividade de direitos de partilha de bens suscetíveis de nulidade, podendo ser citado o próprio uso da petição de herança (já explicada em tópico

⁵¹⁴ MONTEIRO. Washington de Barros; PINTO. Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53-54.

⁵¹⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado: direito das sucessões**. Sucessão em geral. Sucessão legítima. v. XVIII. São Paulo: Atlas. 2003, p. 104.

anterior deste capítulo) bem como quanto à praticidade dos dispositivos de direito material e processual do ordenamento legal brasileiro e no direito constitucional, conforme melhor será explicado.

ALBUQUERQUE FILHO aduz, a respeito do direito de herança de filho concebido por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, defendendo tal concessão baseada no princípio constitucional da igualdade entre os filhos e da sua não-discriminação. São suas palavras:

Em sistemas jurídicos como o nosso, onde se consagra constitucionalmente a igualdade entre os filhos, independente da situação jurídica dos pais, nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*. Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos⁵¹⁶.

FREITAS expõe que o direito de sucessão em prol dos filhos oriundos da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, no Estado Democrático de Direito brasileiro, pode ser defendido plenamente em face dos próprios efeitos do garantismo constitucional, uma vez que se tem, no direito à herança (art. 5º, XXX, CF/88), tal amparo jurídico⁵¹⁷.

Defende Freitas que não há como sonegar ao concebido *post mortem* o direito de fazer parte da sucessão legítima de seu genitor, haja vista que, sendo filho deste, independe ter ocorrido ou não testamento. Em sendo detectada, no inventário, a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança, no banco de sêmen e registrada a sua vontade de ser genitor de uma criança (evidentemente no intuito de se evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança) devem ser reservados os bens deste filho concebido após sua morte, sob pena de, ao ser realizado o procedimento, vir o herdeiro nascido a pleitear depois, por petição de herança, seu quinhão hereditário, à semelhança de um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade⁵¹⁸.

⁵¹⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais.download.php?a=8>. Acesso em: 13/05/2012.

⁵¹⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 10/10/2015.

⁵¹⁸ Idem.

PEREIRA aduz que há possibilidade de o concebido ser herdeiro legítimo após a morte de seu pai, inclusive com uma interpretação mais extensiva do próprio art. 1.597⁵¹⁹ do Código Civil porque, entende o Autor, pode ocorrer, em relação ao filho oriundo da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, situação semelhante de “presunção” (*rectus, ficção*)” de sua concepção na constância do casamento que, por via de consequência, ao ser interpretado de forma mais harmoniosa com o disposto na regra do art. 1.798⁵²⁰ do Código Civil, acaba por possibilitar a utilização da expressão “concebido na constância do casamento”, o que torna preenchido, aparentemente, o requisito para o filho oriundo da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* ter legitimação sucessória⁵²¹.

CHINELATO aduz, da mesma forma que Pereira, acrescentando, entretanto, que para aplicação do art. 1.597 do Código Civil em harmonia com o art. 1.798 do mesmo diploma legal, deve haver o consentimento expresso do marido, autorizando a fertilização *in vitro* após sua morte e, se assim houver ocorrido, não mais existiria qualquer obstáculo para a sucessão do filho concebido após a morte de seu genitor⁵²².

Para dar maior guarida ao dito alhures, o Enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Federal da Justiça, o referido art. 1.798 do Código Civil deve ter sua interpretação estendida aos embriões formados por técnicas de reprodução humana assistida e, por via de consequência, serem eles incluídos na vocação hereditária da pessoa humana por nascer, devendo, para efeitos patrimoniais, submeter-se às regras previstas para a petição de herança⁵²³.

⁵¹⁹ Código Civil - art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”;

⁵²⁰ Código Civil – art. 1.798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

⁵²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: V. VI: direito das sucessões. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.34

⁵²² CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. (arts. 1.591 a 1.710). v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, p.55.

⁵²³ Enunciado 267 – “Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> Acesso em: 10/10/2015.

GONÇALVES, a respeito da capacidade para suceder dos filhos oriundos de fertilização *in vitro* *homóloga post mortem*, explica que tal questão é “*tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para sua solução*”; reconhece que grande parte da doutrina brasileira inclina-se no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões, depois de aberta a sucessão. Contudo, menciona, em contrapartida, que:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem ‘concebidos’ na constância do casamento ‘os filhos havidos por fecundação artificial *homóloga*, mesmo que falecido o marido’ (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação. Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial *homóloga*, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido ‘concebidos na constância do casamento’, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal⁵²⁴.

De outra forma, mas não menos importante, Hironaka defende a ideia de o filho concebido por fertilização *in vitro* *homóloga post mortem* herdar, sob o pretexto da praticidade em se resolver tal situação, de forma preventiva, aduzindo que:

Efetivada a liquidação ou a partilha da herança, os bens que couberem ao sucessor não concebido serão confiados a um curador nomeado pelo juiz, a quem caberá administrar os bens. Verificado seu nascimento com vida, ser-lhe-á deferida a sucessão, prestadas todas as contas devidas pelo curador dos atos que tenha praticado nessa qualidade. Caso se trate do pai ou da mãe do neonato, permanecerá este, em conjunto com o outro genitor, na administração dos bens que pertençam a seu descendente, mas agora por deterem os genitores o poder familiar, com os ônus e privilégios que dele advenham. Nessa hipótese de herdeiro ou sucessor esperado que vem efetivamente a existir e nasce com vida, o que acaba por ocorrer é, portanto, uma dupla ficção legal: não só os bens se transmitem ao sucessor no exato momento da morte do autor da herança (princípio da *saisine*) como essa transmissão se opera em favor de uma pessoa inexistente. A lei presume que ela existirá e reserva os bens que a

⁵²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

ela caberão, garantindo que ela os adquira, na qualidade de nascituro; e presume, ainda, que tal nascituro nascerá com vida, confirmando, então a aquisição operada no momento da concepção de forma retroativa ao momento da morte⁵²⁵.

Na mesma linha de raciocínio, ou seja, quanto à capacidade para herdar aos filhos gestados por meio da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, contudo, sob o aspecto da relatividade da partilha, Albuquerque Filho entende que aquele filho “engendrado” pela medicina não deveria ser prejudicado ou ter excluídos os seus direitos de filho, sob a justificativa simplesmente da “*suposta segurança no processo sucessório*”, e cita como exemplo os casos de ações de petição de herança, nos termos do art. 1.824 do Código Civil, cuja referida noção de segurança é relativa, dado o fato de que a cada referida ação de petição de herança, o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido⁵²⁶.

ALBUQUERQUE FILHO ressalta que existe uma corrente da doutrina predominante, no sentido de que, “a petição de herança não prescreve”. E nesse sentido, ou seja, como ação imprescritível, pode ser intentado a qualquer tempo, o que acarreta como consequência que a segurança sucessória é relativa, suscetível de mudança a qualquer lapso temporal⁵²⁷.

Por um outro aspecto, Rigo justifica o direito de sucessão aos filhos originários da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, levantando um questionamento: “*Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida?*” Em resposta, a mesma jurista afirma que o simples fato de ser depositado material genético em um laboratório especializado, por si só demonstra o “autêntico” consentimento do falecido em dar continuidade ao projeto parental e, portanto, de ter um filho fertilizado, após sua morte, até porque, se assim não desejasse, deveria ter o cuidado de deixar expressa proibição, no sentido de não ser usado o seu material genético, após a sua morte. Se não deixou, não se

⁵²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: Parte Especial: do direito das sucessões. v. 20 (Arts.1784 a 1856) (Coord.) Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99-103.

⁵²⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8> Acesso em: 13/05/2012.

⁵²⁷ Idem.

pode negar qualquer direito à criança concebida *post mortem*, ainda mais em se tratando de fertilização *in vitro* homóloga⁵²⁸.

Em defesa do direito sucessório em prol dos filhos provenientes da fertilização *in vitro* em comento, Montalbano sustenta que o princípio da dignidade humana, que, aliás, contempla todos os demais, faz com que assista tanto os herdeiros já nascidos, quando do falecimento do *de cujus*, quanto aqueles concebidos após a morte de seu genitor, sendo-lhes garantido o direito constitucional de herança, porquanto não é plausível pensar diferente, sob pena de se pôr em “xeque” o princípio da equidade e de fazer com que um ser humano, em virtude do tempo de seu nascimento e da forma de sua concepção, venha a ser privado de alguns direitos⁵²⁹. A referida autora ainda registra que:

Isso porque se o Brasil não veda a inseminação *post mortem* não pode prejudicar o fruto dessa técnica entendendo que a parte do direito se aplica a ele e outra parte não, seria incoerente do ponto de vista jurídico. Não dever haver óbice ao direito sucessório devido ao termo ‘já concebidos’ inserto no art. 1798, do CC, em um momento histórico no qual nem se cogitava a possibilidade de inseminação *post mortem*, mormente porque deve prevalecer a interpretação sistemática da lei, especialmente à luz da Carta Magna, sendo lícita a reserva de quinhão ou a futura petição de herança⁵³⁰.

VARGAS igualmente reconhece referido direito sucessório, desde que o embrião criopreservado seja originário de fertilização *in vitro post mortem homóloga*, aduzindo que, se o Código Civil prevê, em seu art. 2º, que os direitos do nascituro estarão resguardados desde a concepção tendo para tanto, que nascer com vida. Tal fato leva a reconhecer que o embrião já havia sido fecundado, no momento da abertura da sucessão; portanto, tal situação enquadra-se, parcialmente na previsão legal, pois foi concebido. Assim, mesmo não podendo ser considerado nascituro, a nova redação manteve aquela prevista no Código de 1916, e se o “antigo” Código já protegia alguns direitos dos nascituros, quando nem se cogitava das técnicas de procriação assistida, não seria justo que o Código Civil de 2002, deixasse de

⁵²⁸ RIGO, Gabriella Bresciani. O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente. In: **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 10/10/2015.

⁵²⁹ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. v. 19, n. 25. Florianópolis: In: **Revista da Esmesc**, 2012, p. 30. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>. Acesso em: 11/10/2015.

⁵³⁰ Op. cit., p. 30-31.

recepcionar os avanços da biotecnologia, e, portanto, negar proteção aos direitos dos embriões, ainda que criopreservado⁵³¹.

PISETTA defende a igualdade de direitos entre os filhos advindos de qualquer origem, a partir da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, do Pacto de São José da Costa Rica, por isso, a fertilização *in vitro* homóloga post mortem, para ela, não é diferente, razão pela qual, não é admissível que crianças geradas pela aplicação de tal técnica fiquem despidas dos direitos que teriam caso fossem havidas conforme os preceitos das hipóteses de presunção legal de filiação do art. 1.597 do Código Civil de 2002, e se fossem beneficiadas pela sucessão testamentária do art. 1.799 do Código Civil de 2002, aduzindo, inclusive, que a criança não tem culpa de ter sido concebida mediante tal técnica de reprodução humana assistida após a morte de um de seus genitores⁵³². Por derradeiro, Pisetta alude que:

Definitivamente, o Código Civil Brasileiro de 2002 não logrou êxito em abordar suficientemente a questão dos direitos hereditários dos filhos havidos por inseminação artificial ou fertilização *in vitro* homólogas post mortem. As problematizações já se iniciam na determinação da filiação destas crianças e prossegue na diferenciação feita entre aqueles filhos que não se enquadram no rol das presunções de paternidade e também não foram beneficiados por disposição testamentária. Destarte, entende-se que, se não for proibida a utilização de técnicas de reprodução assistida homóloga póstumas, mister se faz a preservação dos direitos da criança assim oriunda, sob pena de se incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana⁵³³.

UCHÔA e SANTOS comungam do entendimento de que, pelo fato do sistema jurídico brasileiro consagrar constitucionalmente a igualdade entre os filhos, não se deve permitir que a legislação infraconstitucional, como é o caso do Código Civil, não reconheça direitos aos filhos concebidos mediante fecundação *artificial post mortem*, eis que, qualquer solução restritiva em desfavor desses filhos

⁵³¹ VARGAS, Aline de Castro Brandão. **Embrião criopreservado implantado post mortem tem direito sucessório?** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/embri%C3%A3o-criopreservado-implantado-post-mortem-tem-direito-sucess%C3%B3rio>> Disponível em: 14/10/2015.

⁵³² PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 145-146.

⁵³³ Op. cit., p. 146-147.

importaria em discriminação atentatória à igualdade em relação aos demais filhos, seus irmãos biológicos⁵³⁴.

Da mesma maneira que não deve haver diferenciação entre filhos do casamento e filhos havidos fora do casamento ou de união estável bem como entre os naturais e adotivos, tampouco deve haver discriminação entre os filhos concebidos antes e após a morte de seu genitor. Por isso, a criança gerada por meio de inseminação artificial *post mortem* deve ter direito à presunção de ter sido concebida, na constância do casamento, desde que por fecundação artificial *homóloga*, nos termos do art. 1.597, inciso III, do Código Civil. Assim, o filho oriundo da técnica de reprodução assistida *post mortem* terá direito à sucessão como qualquer outro filho, já que se reconhece a filiação conforme preceitua o artigo acima, com igual motivo deverá ser reconhecido aos filhos o direito de suceder seu ascendente⁵³⁵.

Para Dias, não há justificativa para exclusão do direito de herança ao filho proveniente da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, tanto é que aponta, na defesa de tal direito, o uso das técnicas de reprodução assistida como direito fundamental de qualquer pessoa decorrente do direito ao planejamento familiar, o que, com efeito, acaba por fazer com que não ocorra quaisquer restrições aos filhos concebidos por meio dessas técnicas, inclusive quanto aos direitos sucessórios. A autora acrescenta que:

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...]. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresse consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida⁵³⁶.

Portanto, em face de todo o exposto alhures, conclui-se que o direito de herdar de todo e qualquer filho deve ser respeitado, independentemente do modo

⁵³⁴ UCHÔA, Anna Walléria Guerra; SANTOS, Alexandre Braz dos. Os direitos do filho concebido por inseminação artificial heteróloga *post mortem*. In: **Hiléia: Revista do Direito Ambiental da Amazônia** nº 18|jan - jun| 2012, p. 66. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/Hileia/article/view/162/181>>. Acesso em: 14/10/2015.

⁵³⁵ Idem, *ibidem*.

⁵³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 117-118.

pelo qual fora gerado, sob pena de ser frustrado dentro do sistema jurídico e dos princípios básicos do direito, ou seja, o direito à igualdade entre os filhos e não discriminação destes, quer antes, quer depois da morte de seu genitor, desde que utilizado o material genético deste, pois, se deixou material genético ou um embrião criopreservado é porque existia intenção de dar continuidade ao projeto parental compartilhado com sua mulher ou companheira.

A Lei Magna não restringiu direito algum a qualquer filho, portanto, não caberia à lei infraconstitucional assim o fazer. A solução mais justa, adequada e razoável é no sentido de se reconhecerem todos os direitos inerentes a qualquer filho, não sendo, de forma alguma diferente quanto aos direitos sucessórios.

Assim, se o próprio Código Civil adotou a possibilidade de presunção de filiação aos filhos havidos por *fertilização in vitro homóloga póstuma*, como se tivessem sido concebidos na constância do casamento, não seria admissível outra norma restringir sua aplicação para o reconhecimento dos direitos sucessórios, porquanto seria uma contradição.

Por oportuno, devem ser lembrados os dizeres de Dias:

A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas⁵³⁷.

Dessa maneira, o direito sucessório na questão da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, embora bastante polêmico, conforme se demonstrou acima, está, certamente, cada vez mais, caminhando a passos sólidos e firmes para o seu reconhecimento pleno, em razão dos fundamentos acima expostos e também porque, no Estado Democrático de Direito, a Lei Magna Federal exerce notável força em todo o ordenamento jurídico e, por ter como princípio vetor, principalmente a dignidade da pessoa humana e o desprezo a qualquer discriminação quanto aos filhos, já que não é concebível negar-se qualquer direito a filho algum, independentemente de ser gerado, antes ou depois da morte de seu genitor.

BONAVIDES menciona que, em face da própria Constituição Federal vigente ponto nodal do sistema jurídico, observa-se que os princípios constitucionais

⁵³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 116.

adquiriram papel de suma importância, tornando-se normas supremas de todo o ordenamento jurídico, pautando e servindo de critério, por excelência, para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais, cercados de prestígio e desfrutando da hegemonia que se confere às normas inseridas na “Lei das Leis”⁵³⁸.

E arremata Bonavides ao dizer que:

Fazem eles [os princípios constitucionais] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa elevam-se, portanto, ao grau de Norma das normas, de Fontes das fontes. São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição⁵³⁹.

Dessa forma, em razão dos princípios constitucionais, as próprias teorias do início da personalidade humana, em discussão no capítulo anterior, perdem força para determinar direitos e deveres aos filhos concebidos por fertilização *in vitro* *homóloga póstuma*, uma vez que, havendo nascimento de filho por essa técnica de reprodução humana assistida, o que importa para o sistema jurídico vigente e, conseqüentemente, o que deve prevalecer é a igualdade de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem e da data de seu nascimento, pouco importando saber quando se iniciou sua personalidade.

Ademais, se é considerado filho aquele oriundo da fertilização *in vitro* *homóloga póstuma*, deve-se partir, claramente, da pressuposição de que em face de todos os princípios constitucionais (já mencionados em capítulo anterior e diante de todas as informações apresentadas neste tópico) não há como lhe negar qualquer direito, inclusive os direitos sucessórios.

Encerrando o presente capítulo, conclui-se em prol da defesa de todos os direitos ao filho originário da *fertilização in vitro homóloga póstuma*, não sendo diferente para o direito sucessório. Tais direitos em face de todos os fundamentos acima mencionados, servirão como paradigma para a parte final desta tese, ou seja, o direito do filho proveniente da fertilização *in vitro homóloga post mortem* de receber pensão previdenciária por morte de seu genitor.

⁵³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 260-261.

⁵³⁹ Op. cit., p. 265.

CAPITULO V

DIREITO DO FILHO ORIUNDO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HOMÓLOGA POST MORTEM À PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE

O ponto final deste estudo é verificar se têm direito os filhos provenientes de fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* à pensão previdenciária por morte.

Nesse sentido, pretende-se observar a possibilidade ou não desse indivíduo concebido, após a morte do seu genitor/segurado, na qualidade de dependente, de vir a receber da Previdência Social pensão por morte.

Para o desfecho desta investigação será necessário percorrer a disciplina jurídica de Seguridade Social, particularmente sobre o Direito Previdenciário, seus princípios específicos, espécies de segurados e dependentes, sua forma de custeio, concessão de benefícios, tipos de benefícios previdenciários existentes para o filho-dependente do pai ou mãe segurados do Instituto Nacional de Seguro Social.

Pode-se adiantar que, até o presente momento, não existe construção teórica a respeito de tal assunto, e muito menos qualquer legislação específica que possa dar guarida, qualquer julgado nos tribunais a respeito da possibilidade ou não, deste filho concebido após a morte do pai ou mãe segurados do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), de vir a ter direito à pensão previdenciária por morte, na qualidade de dependente.

5.1. Seguridade Social – Previdência Social – Linhas Gerais

Para atingir o objetivo proposto neste estudo, faz-se necessário discorrer sobre algumas linhas mestras que envolvem a disciplina de direito denominada Seguridade Social, a qual tem como uma de suas espécies a Previdência Social, sendo o tema limitado ao Regime Geral da Previdência Social sem adentrar em questões pertinentes a outros regimes previdenciários.

A Constituição Federal estabelece vários direitos sociais, entre eles; o da Seguridade Social, que, como dito acima, compreende a sua espécie, Previdência Social. Estabelece também em seu art. 3º, que um dos objetivos principais da República Federativa é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Com efeito, observa-se que a Previdência Social tem como base a solidariedade⁵⁴⁰. Portanto, um dos escopos fundamentais da Lei Magna é a proteção previdenciária a toda população brasileira⁵⁴¹.

Saliente-se que a Seguridade Social e sua espécie Previdência Social, estão inseridas dentro da categoria de direitos humanos em razão da sua prestação social – direito social, devido à proteção individual que proporciona aos seus beneficiários, razão pela qual sua aplicabilidade e reconhecimento não tem como sustentáculo a Constituição apenas, mas diversos atos internacionais, os quais, o Brasil é signatário. Entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José de Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de San Salvador, a Convenção nº 102 da OIT e inúmeros acordos bilaterais feitos pelo Brasil com vários países, para obtenção de benefícios previdenciários⁵⁴².

Deve se esclarecer que a própria Constituição Federal, em seu art. 194, conceitua Seguridade Social como *“um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*⁵⁴³” (sem grifo no original).

O direito da Seguridade Social, segundo Martins:

É o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

⁵⁴⁰ “A solidariedade social consiste na contribuição da maioria em benefício da minoria” (HORVATH JR., Miguel. **A importância do Direito Previdenciário**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7905> Acesso em: 20/10/2015).

⁵⁴¹ PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>> Acesso em: 20/10/2015.

⁵⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 77-80.

⁵⁴³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, a previdência e à assistência social⁵⁴⁴.

OLIVEIRA, ao conceituar a disciplina jurídica denominada de Seguridade Social, ensina que trata-se do “*conjunto de princípios, institutos e normas públicas destinadas à proteção dos membros da sociedade nas áreas da saúde, assistência e previdência social*”⁵⁴⁵.

HORVATH JÚNIOR, ao interpretar o trabalho de proteção social, criado pelo inglês Lord Beveridge, conceitua Seguridade Social como:

[...] apenas uma parte da luta contra os cinco gigantes do mal: contra a miséria física, que o interessa diretamente; contra a doença, que é, muitas vezes, causadora da miséria e que produz ainda muitos males; contra a ignorância, que nenhuma democracia pode tolerar nos seus cidadãos; contra a imundície, que decorre principalmente da distribuição irracional das indústrias e da população; e contra a ociosidade, que destrói a riqueza e corrompe os homens, estejam eles bem ou mal nutridos [...] Mostrando que a seguridade, pode combinar-se com a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo pela sua própria vida⁵⁴⁶.

Previdência Social pode ser conceituada, segundo Castro e Lazzari, como um sistema em situações onde ocorram infortúnio, tais como: morte, doença, invalidez, acidente de trabalho, desemprego involuntário, idade avançada, maternidade e reclusão, pelo fato das pessoas estarem vinculadas a algum tipo de atividade laboral; ao contribuírem para o sistema, estão protegidas, inclusive seus dependentes, recebendo para tanto prestações pecuniárias ou serviços⁵⁴⁷.

Segundo o pensamento de Martinez:

Como a técnica de proteção social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou

⁵⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 27.

⁵⁴⁶ HORVATH JR., Miguel. **A importância do Direito Previdenciário**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7905> Acesso em: 20/10/2015.

⁵⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 85.

morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes⁵⁴⁸.

TAVARES manifesta também sua conceituação quanto à Previdência Social, asseverando que trata-se de um seguro coletivo, público, compulsório e, mediante contribuição, com o objetivo de dar cobertura a infortúnios, tais como: incapacidade, encargos familiares, desemprego involuntário, prisão, idade avançada e morte⁵⁴⁹.

A Previdência Social caracteriza-se como um método de economia coletiva, em que a comunidade em geral (sistema quadripartite) é chamada para fazer um “pacto” técnico-econômico, em que a solidariedade social é o fiel da balança, pois cabe à Previdência Social atuar como instrumento de redistribuição da riqueza, utilizando e cumprido aquilo que o legislador pátrio fixou para ela, assumindo os riscos e as necessidades básicas da sociedade, enquanto esta não pode prover por conta própria seu sustento face às mais variadas contingências⁵⁵⁰.

A Seguridade Social bem como sua espécie Previdência Social vão atender as necessidades que o ser humano vier a ter nas adversidades de sua vida, servindo para tranquilizá-lo, seja, no presente, no futuro, ou quando não tiver condições de suprir suas necessidades básicas por conta própria, razão pela qual, é o momento em que se evidencia que referidas necessidades são sociais, pois, desde que não atendidas repercutirão sobre outras pessoas e, por via oblíqua, sobre a sociedade inteira⁵⁵¹.

Em resumo, pode-se dizer que a Previdência Social vai proporcionar ao seu segurado, com base no princípio da solidariedade, benefícios e serviços quando seja atingido por uma contingência social.

A Previdência Social é administrada por Autarquia Federal, denominada INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, cujo capítulo encontra-se esculpido na Constituição Federal, notadamente no título da Ordem Social.

A Constituição Federal também preceitua, no art. 201 como se organiza a Previdência Social e explica qual é a finalidade de referido instituto. Observe-se:

⁵⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 35.

⁵⁴⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 47/2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57.

⁵⁵⁰ HORVATH JR., Miguel. **A importância do Direito Previdenciário**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7905. Acesso em: 20/10/2015.

⁵⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998): I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º⁵⁵².

O art. 1.º da Lei n. 8.213/91, que trata dos benefícios previdenciários, dispõe que:

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e de prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente⁵⁵³.

Para o desenvolvimento da Seguridade Social (a qual compreende a **Previdência Social**, a Saúde e a Assistência Social) o ordenamento jurídico traçou objetivos, que constituem-se princípios, sendo a própria Lei Magna Federal em seu art. 194, parágrafo único, que os estipulou. Observe-se:

Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados⁵⁵⁴.

⁵⁵² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

⁵⁵³ BRASIL. **Lei 8.213 (1991) Plano de Benefícios Previdenciários**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

⁵⁵⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

Oportuno ser dito que os princípios da Seguridade Social e de sua espécie, Previdência Social, serão analisados adiante, em tópico específico.

Para se ter uma noção do funcionamento da Previdência Social a fim dela atingir seus objetivos, inicialmente deve ser explicado, o instituto da filiação, o qual nada mais é do que a relação jurídica estabelecida entre pessoa física, que é o beneficiário - segurado⁵⁵⁵ e a pessoa jurídica, gestora, que é a Autarquia Federal - INSS, a qual, por lei, tem o dever de dar proteção social ao beneficiário-segurado, em todas suas contingências vivenciadas, desde que seja cumprido tudo que determina o ordenamento jurídico previdenciário⁵⁵⁶.

A filiação é estado jurídico próprio do segurado-beneficiário, o qual se diz filiado ou não. Importa destacar que somente podem filiar-se pessoas físicas que exercem atividade remunerada, ou que contribui para a previdência de forma facultativa, razão pela qual pode dizer-se, que existem dois tipos de filiados, ou seja, os de filiação obrigatória e os facultativos⁵⁵⁷.

Segundo Martinez *“a filiação obrigatória reflete a impositividade do sistema, seu sustentáculo maior”*. A filiação facultativa é a mesma filiação, porém, a partir do momento que se filiam, para continuar a ter benefícios, devem permanecer contribuindo, sob pena de cessar o direito de fruí-los. Assim, na filiação facultativa, é essencial o arbítrio do filiado, enquanto na filiação obrigatória, o desejo da pessoa não influi, pois, se ela cumpre o pressuposto, obrigatoriamente está filiada. Por isso é que se diz que o sistema da Previdência Social tem como característica a compulsoriedade e a facultatividade, mas, no campo do direito obrigacional, não apresenta características de contrato⁵⁵⁸.

MARTINS classifica os filiados obrigatórios e facultativos da seguinte forma: a) segurados obrigatório comuns (empregados, empregados domésticos, trabalhador avulso); b) segurados obrigatórios individuais (autônomos, equiparados e autônomos, eventuais, empresários); c) segurados obrigatórios especiais (produtor rural); d) segurados facultativos (dona de casa e estudante)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ “A ideia de segurado vem do contrato de seguro do Direito Civil, em que o segurado faz um contrato de seguro com a seguradora para ficar coberto contra certo risco” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 103).

⁵⁵⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 157.

⁵⁵⁷ Op. cit., p. 158.

⁵⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 104.

Os dependentes são filiados de forma indireta do sistema previdenciário, segundo a própria lei previdenciária vigente no Brasil, podem eles ser classificados em conformidade com o art. 16 da Lei 8.213/91, que assim reza:

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na Condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido⁵⁶⁰ (sem grifo no original).

A conceituação de “dependentes” pode ser extraída do pensamento de Rocha e Baltazar Júnior, ao afirmar: *“Dependentes são as pessoas cujo liame jurídico existente entre elas e o segurado permite que a proteção previdenciária lhes seja estendida de forma reflexa”*⁵⁶¹.

MARTINEZ, também conceitua os dependentes, aduzindo que:

Dependente é pessoa economicamente subordinada a segurado. Com relação a ele, é mais próprio falar em estar ou não inscrito ou situação de quem mantém a relação de dependência ao segurado, adquirindo-a ou perdendo-a, não sendo exatamente um filiado, pois este é o estado de quem exerce atividade remunerada, embora não passe de convenção semântica⁵⁶².

Para adiantar o estudo em questão é de suma importância o conhecimento de quem são os dependentes do segurado, incluído, portanto, nesta modalidade os filhos, menores de 21 anos de idade, razão pela qual torna possível trabalhar com a hipótese lançada no preâmbulo desta tese.

Deve ser mencionado que a Seguridade Social, especialmente a Previdência Social, tem seus inscritos, sendo a referida inscrição ato administrativo e formal de iniciativa do próprio segurado; serve para qualificar e consequentemente permitir a utilização dos serviços, ou o recebimento das prestações em dinheiro postos à disposição dos beneficiários⁵⁶³.

A inscrição torna possível o exercício do direito às prestações da Previdência Social, facilitando o relacionamento do beneficiário com a autarquia

⁵⁶⁰ BRASIL. **Lei 8.213 (1991) Plano de Benefícios Previdenciários**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

⁵⁶¹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. In: **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, Porto Alegre: Livraria do Advogado e ESMAFE – Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, artigo 10, p. 50.

⁵⁶² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 160-161.

⁵⁶³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 415.

gestora, inclusive identificando-o e qualificando-o como pessoa com pretensão ao benefício ou serviço, sem necessidade de outras providências cadastrais⁵⁶⁴.

No que diz respeito ao instituto da contribuição, conforme prevê o art. 195 da Constituição Federal, tem-se que: *“(...) será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais...”*⁵⁶⁵.

Quanto às contribuições da União Federal, dos Estados e Municípios, é mister advertir que a União Federal, mediante recursos adicionais do orçamento fiscal, fixado por Lei Orçamentária Anual, tem responsabilidade por eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, a fim de pagar os benefícios de prestação continuada da Previdência Social⁵⁶⁶.

A União Federal tem suporte constitucional para poder custear as despesas com a Seguridade Social, haja vista que, a Constituição Federal, por meio dos incisos do art. 195, assim o determina. As contribuições das empresas são sobre: a retribuição dos prestadores de serviços, o faturamento e o lucro, dos trabalhadores pessoalmente considerados e dos concursos de prognósticos⁵⁶⁷.

Há outras formas de arrecadação como: a do importador de bens ou serviços do exterior; ou de quem a lei a ele equiparar (lei nº 10.865/04) e, ainda, as acessórias das quatro fontes básicas acima como: os acréscimos legais (multa, correção e juros), as negociais (prestação de serviços), as receitas patrimoniais, as de ações unilaterais, as correspondentes a 50% das apreensões policiais (parágrafo único do art. 243 da CF/88), de 40% dos leilões de bens apreendidos, de 50% do prêmio do seguro obrigatório dos veículos automotores de vias terrestres (Lei n. 6.194/1974)⁵⁶⁸.

Os trabalhadores (empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso), com base no inciso II do art. 195 da Constituição Federal, contribuem em razão do valor de seu salário contribuição, sendo todo ano lançada uma Portaria Interministerial pelo Ministério da Fazenda e o Ministério da Previdência Social, em

⁵⁶⁴ Idem, ibidem.

⁵⁶⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

⁵⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 142.

⁵⁶⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 204-205.

⁵⁶⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 204-205.

que é paga sua contribuição através de uma alíquota fixa de 8%, 9% e 11%, sendo, em conformidade com a Portaria Interministerial MPS/MF 01, de 08/01/2016⁵⁶⁹, lançada no ano de 2016. Para os trabalhadores, acima mencionados, para quem tem salário de contribuição até R\$ 1.556,94, a alíquota para fins de recolhimento de contribuição para o INSS é de 8%. Entretanto, para aqueles trabalhadores que tem salário contribuição entre R\$ 1.556,95 até R\$ 2.594,92 a alíquota de contribuição para o INSS é de 9%. Por último, tem-se que aquele que tiver salário contribuição acima de R\$ 2.594,93 terá que contribuir com alíquota de 11%.

Os trabalhadores (contribuinte individual e o facultativo) também passam pela mesma situação dos demais trabalhadores acima elencados, tendo que contribuir, cada ano, com base na mesma portaria interministerial⁵⁷⁰. Para o ano de 2016, para aquele que recebe valor até R\$ 880,00 sua contribuição será de 5%. Porém não dá direito à Aposentadoria por Tempo de Contribuição e Certidão de Tempo de Contribuição. Todavia, aquele que recebendo até R\$ 880,00, optar em recolher sua contribuição para o INSS, no percentual de 11%, terá direito à Aposentadoria por Tempo de Contribuição e Certidão de Tempo de Contribuição. Para aqueles que declararem receber mais de R\$ 880,00 até o limite de R\$ 5.189,82, o valor da alíquota é de 20%, sendo, então, o valor mínimo para contribuição, no ano de 2016, de R\$ 176,00 (salário-mínimo) e R\$ 1037,96 o teto.

Os trabalhadores denominados Segurados Especiais (pequeno agricultor em regime de economia familiar) terão que contribuir com o percentual de 2,3% incidente sobre o valor bruto da comercialização da sua produção rural, sendo repassado desse percentual 2,0% (dois por cento) para a Seguridade Social⁵⁷¹.

A contribuição da empresa, baseada no inciso I do art. 195 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 8.212/1991, notadamente em seu art. 22, reza que:

A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as

⁵⁶⁹ BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/gps/tabela-contribuicao-mensal/>> Acesso em: 14/03/2016.

⁵⁷⁰ Idem.

⁵⁷¹ BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/gps/tabela-contribuicao-mensal/>> Acesso em: 14/03/2016.

gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave. III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. § 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo⁵⁷².

As empresas contribuem também sobre o faturamento e o lucro, tudo conforme disposto no art. 23 da Lei 8.212/91, cujas alíquotas de contribuição são de 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecidas segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores; e de 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990. Salienta-se que para as instituições citadas no § 1º do art. 22

⁵⁷² BRASIL. **Lei 8.212 (1991) Custeio da Seguridade Social**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

da Lei 8.212/91, a alíquota da contribuição prevista, no inciso II, é de 15% (quinze por cento)⁵⁷³.

A contribuição do empregador doméstico, em conformidade com o art. 24 da Lei 8.212/91, é de 12% (doze por cento) do salário-de-contribuição do empregado doméstico, a seu serviço. A contribuição do empregador rural, pessoa física, de acordo com o art. 25 da Lei 8.212/91, é de 20% sobre o salário de seus empregados; para ele, como segurado, sua contribuição é de 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção⁵⁷⁴.

Os concursos de prognósticos são todos e quaisquer sorteios de números, loterias, apostas, realizada em reuniões hípias, inclusive no âmbito federal, estadual e municipal, sendo a receita da Seguridade Social o resultado da receita líquida de tais concursos, ou seja, do total da arrecadação, devem ser deduzidos os valores destinados ao pagamento dos prêmios, impostos, despesas de administração, tudo conforme determina lei específica⁵⁷⁵.

Portanto, pelo que se observa acima, todo o sistema da Seguridade Social (e, por via oblíqua, da Previdência Social) possui uma forma organizada e legal de arrecadação de recursos para o seu custeio, o que, em tese, permite que o sistema cumpra com sua finalidade de suprir as contingências sociais, as quais podem ser entendidas como desemprego, doença, invalidez, velhice, maternidade, morte etc.

Por fim, quanto ao assunto do custeio, para a Seguridade Social (e, conseqüentemente para a Previdência Social) deve ser dito, que a Constituição Federal determina em seu §5º do art. 195, que *“nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”*⁵⁷⁶, ou seja, para se criar, majorar ou estender qualquer benefício ou serviço, deve haver fonte financeira correspondente, a fim de dar um equilíbrio necessário a manutenção de todo o sistema da Seguridade Social.

Encerrado as linhas gerais sobre o custeio da Previdência Social, deve ser mencionado, a respeito das prestações⁵⁷⁷ fornecidas aos filiados deste sistema,

⁵⁷³ BRASIL. **Lei 8.212 (1991) Custeio da Seguridade Social**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

⁵⁷⁴ Idem.

⁵⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 231-232.

⁵⁷⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

⁵⁷⁷ *“Prestações compreendidas pelo Regime Geral da Previdência Social são expressas em benefícios e serviços. [...] Benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e dependentes.*

que para se ter direito a qualquer serviço ou benefício da Previdência Social, o segurado tem que preencher alguns requisitos básicos, tais como: qualidade de segurado, ter completado o período de carência e ter um fator determinante para receber tal prestação.

Quanto ao primeiro pressuposto, basta ser filiado à Previdência Social, cujo assunto fora mencionado acima quando se examinou o instituto da filiação. Porém, quanto ao segundo requisito, período de carência, se constitui no *“tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício”*⁵⁷⁸ ou, conforme ensina Daibert, *“é o lapso de tempo durante o qual os beneficiários não têm direito a determinadas prestações, em razão de ainda não haver sido pago o número mínimo de contribuições exigidas”*⁵⁷⁹.

Partindo do pressuposto de que, para o segurado-beneficiário ter direito às prestações da Previdência Social deverá cumprir o período de carência específico para aquele benefício de que necessita, deverá continuar mantendo-se no sistema e, por via oblíqua, continuar com sua contribuição para posteriormente poder beneficiar-se de outra prestação previdenciária, porquanto existem, para alguns benefícios, período maior de carência, o que obviamente recai sobre a contribuição⁵⁸⁰.

Dessa forma, é oportuno dizer que a carência é diferente em face de cada tipo de benefício. Para tanto, basta observar o art. 25 da Lei 8.213/91, que assim reza:

A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais; II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. Parágrafo único. Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número

Serviços são bens imateriais postos à disposição do segurado, como habilitação e reabilitação profissional, serviço social, assistência médica, etc”. (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 324).

⁵⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 324.

⁵⁷⁹ DAIBERT, Jefferson. **Direito previdenciário e acidentário do trabalho urbano**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 200.

⁵⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 325.

de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado⁵⁸¹.

Oportuno dizer que existem alguns benefícios previdenciários que não necessitam de período de carência para a concessão: a pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente, o auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa) e de doença profissional ou do trabalho, tudo conforme previsão contida no art. 26, da Lei 8.213/91⁵⁸².

O fato determinante, na visão de Martinez, trata-se de um sinistro, de uma contingência protegida consumada, que varia, conforme cada tipo de benefício, atingindo o (a) segurado (a) física ou socialmente (ou o seu dependente). Constitui-se de fato fisiológico, psicológico ou sociológico, que deve ser coberto pela previdência social⁵⁸³.

Conforme exposto, se preenchidos os requisitos acima mencionados, ao segurado–beneficiário (e em alguns casos, aos seus dependentes) será permitido o direito de pleitear benefícios previdenciários citados a seguir:

a) Abono anual: a gratificação de Natal dos trabalhadores (sem natureza de prêmio), designada como décimo terceiro salário, transportou-se para a previdência social sob indicação imprópria⁵⁸⁴.

b) Auxílio-acidente: benefício concedido como indenização ao segurado quando após a consolidação das leis decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia⁵⁸⁵.

c) Auxílio-doença: benefício em razão da incapacidade temporária para o trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos⁵⁸⁶.

d) Aposentadoria por invalidez: benefício devido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz para o trabalho

⁵⁸¹ BRASIL, **Lei 8.213 (1991) Plano de Benefícios Previdenciários**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

⁵⁸² Idem.

⁵⁸³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 785.

⁵⁸⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 416.

⁵⁸⁵ Op. cit., p. 447.

⁵⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 671.

e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Benefício pago enquanto permanecer nessa condição⁵⁸⁷.

e) Aposentadoria por idade: benefício concedido em função da faixa etária do segurado⁵⁸⁸.

f) Aposentadoria especial: a qualificadora “especial” é porque abarca três situações em que o segurado trabalhou, ou seja, em ambiente ou atividade perigosa, penosa e/ou insalubre. Trata-se de aposentadoria por tempo de serviço do exercente de atividades sujeitas aos riscos laborais específicos (exposição a agentes físicos, químicos e biológicos)⁵⁸⁹.

g) Aposentadoria por tempo de contribuição: benefício concedido de forma geral nos termos da lei, aos 35 anos de contribuição, se homem, e aos 30 anos de contribuição se mulher⁵⁹⁰.

h) Pensão por morte: benefício pago aos dependentes em decorrência do falecimento do segurado⁵⁹¹.

i) Salário-família: benefício concedido para cada trabalhador pai ou mãe de filhos, se as referidas famílias forem hipossuficientes. É direito dos segurados de baixa renda, acréscimo salarial mensal⁵⁹².

j) Salário-maternidade: consiste na remuneração paga à segurada gestante durante o seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica⁵⁹³.

k) Auxílio-reclusão: benefício concedido aos dependentes do segurado detento ou recluso para garantir-lhes meios de subsistência⁵⁹⁴.

l) Seguro desemprego: benefício que tem por finalidade promover a assistência financeira temporária do trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa⁵⁹⁵.

⁵⁸⁷ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 342-346.

⁵⁸⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 845.

⁵⁸⁹ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2014, p. 203-207.

⁵⁹⁰ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 384.

⁵⁹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 654.

⁵⁹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 689.

⁵⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 397.

⁵⁹⁴ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 281-282.

Portanto, a Previdência Social ao tentar dar guarida às determinações da Constituição Federal, por meio de referidos benefícios previdenciários à disposição da população brasileira, desde que cumpridas as exigências legais, tenta cumprir com seus escopos, particularmente no sentido de dar proteção aos indivíduos contra as contingências que os impedem de prover as suas necessidades pessoais básicas e de sua família.

5.2. Princípios Aplicáveis à Seguridade Social e à Previdência Social

Superadas as linhas mestras da Seguridade Social e de sua espécie Previdência Social, passa-se a discorrer a respeito dos princípios da Seguridade Social e da Previdência Social. Por tratar tal disciplina de situações que dizem respeito à proteção social de qualquer pessoa, até porque este é o “papel” do Estado, ainda mais no Brasil, isto é numa República Federativa baseada na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, tais princípios são de extrema importância para toda e qualquer disciplina do direito.

MELLO aduz que os princípios são “[...] *mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo [...]*”⁵⁹⁵. Assim, os princípios, contribuem para o aperfeiçoamento do tema em questão, servindo como base para esclarecer melhor todo o sentido do direito de Seguridade Social e sua espécie Previdência Social, por essa razão passa-se a discorrer sobre alguns princípios do ordenamento jurídico como um todo e alguns específicos desta disciplina, a fim de que se possa, ao final, dar melhor guarida ao objeto desta investigação.

Aliás, antes de adentrar nos princípios específicos da Seguridade Social e da Previdência Social, é oportuno dizer que em face da supremacia da Constituição, em virtude de sua força normativa que se irradia em todos os demais ramos do

⁵⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 464.

⁵⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980, p. 230.

direito, tem-se alguns princípios constitucionais gerais que são aplicáveis ao Direito de Seguridade Social e que também merecem serem mencionados.

Para tanto, pode-se citar: a) Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, inciso III da CF/88); b) Princípio da Solidariedade Social (art. 3º, inciso I, da CF/88); c) Princípio da Igualdade (art. 5º, caput da CF/88); d) Princípio da Legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88); e) Princípio do Direito Adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88).

O Princípio da Dignidade Humana, na Constituição Federal, constitui-se num instrumento extremamente garantista, que visa assegurar o mínimo necessário para que os cidadãos tenham uma vida digna. Não é diferente no âmbito dos objetivos que almejam a Seguridade Social e a Previdência Social para seus segurados e beneficiários. Por isso em matéria de Seguridade Social e de Previdência Social, o Princípio da Dignidade Humana atua no sentido de (em virtude de certas contingências (morte, doença, invalidez, desemprego involuntário, velhice, maternidade e etc.)) proporcionar ao segurado que necessitar de benefício previdenciário, pelo menos suas necessidades básicas mais vitais, garantindo-lhe no mínimo, uma vida digna, pois, muitas vezes, o referido benefício previdenciário é o único meio de sobrevivência.

Portanto, com o raciocínio acima, o que se espera, no que tange ao consagrado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é, por meio da Seguridade Social e da Previdência Social, possa, cada vez mais, dar efetividade prática a tal princípio, uma vez que sem dignidade a qualquer pessoa, não há o que se falar em Nação e, muito menos, em Estado Democrático de Direito.

Outro importante princípio constitucional aplicado é o da Solidariedade Social, que difere um pouco do Princípio de Solidariedade visto no Direito de Família, conforme capítulo anterior, porque se estende, aqui, a toda a sociedade e não somente aos membros de uma família. Segundo Ibrahim, trata-se do principal princípio relacionado à Previdência Social porque particularmente *“traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos, [...]”*⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 65.

KERTZMAN também reconhece no Princípio da Solidariedade o pilar de sustentação do regime previdenciário, porquanto define-o como *“o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações securitárias. Através dele, tem-se em vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade”*⁵⁹⁸.

Para Martinez, tal princípio tem significado a partir do momento em que a cooperação da maioria ocorre em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade, como se a extensão do amor individual (que é exercitado) entre familiares e parentes abrangesse o grupo social, inclusive, passando, muitas vezes, despercebido por milhões de protegidos que sequer têm consciência plena de sua participação⁵⁹⁹.

MARTINEZ assegura que *“a solidariedade é apoio sociológico e econômico do sistema, sem os partícipes sentirem diretamente seus efeitos em virtude do distanciamento entre si, quando da efetivação dos serviços”*⁶⁰⁰.

IBRAHIM suscita que, se as pessoas fizessem a opção de se proteger individualmente, não teriam segurança alguma a curto e médio prazo, dado o fato de que não haveria tempo suficiente para compor uma reserva financeira satisfatória para eventual contingência. Entretanto, diz que nem em longo prazo a sociedade, de forma geral, em se protegendo individualmente, teria reservas suficientes, o que acabaria possibilitando deterioração do padrão de vida da população⁶⁰¹.

Aduz Ibrahim que, em face de tal princípio, *“a contribuição de um não é exclusiva deste, mas sim para a manutenção de toda rede produtiva”*. E encerra sua assertiva dizendo que: *“a solidariedade é também pressuposto para a ação cooperativa da sociedade, sendo condição fundamental para a materialização do bem-estar, com a necessária redução das desigualdades sociais”*⁶⁰².

No que tange ao Princípio da Igualdade, este tem aplicação clara dentro do direito de Seguridade Social e sua espécie Previdência Social, no sentido de que ocorra a entrega de benefícios para qualquer segurado de maneira equânime, seja

⁵⁹⁸ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 48.

⁵⁹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 117-118.

⁶⁰⁰ Idem, ibidem.

⁶⁰¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 65.

⁶⁰² Idem, ibidem.

trabalhador rural ou urbano, e para o de sexo masculino ou feminino. Pauta-se a Previdência Social pela identidade de tratamento, contribuindo para a valorização social do trabalho. Importante ressaltar, que nem todos os segurados terão direitos iguais, mas haverá idênticos direitos a sua disposição, bastando, para tanto, que preencha os requisitos necessários para sua concessão⁶⁰³.

Com relação ao Princípio da Legalidade, nos dizeres de Martinez, o Estado (por ter diversas responsabilidades para conduzir sua política administrativa e em face das pesadas obrigações assumidas em matéria de Direito Público) deve ater-se inquestionavelmente à primazia da lei, sendo a lei a única fonte de direito a ser adotada. Na Previdência Social não é diferente, ou seja, sua administração somente pode ser pautada em tal princípio, o que importa dizer que não há margens para o administrador organizar o sistema previdenciário e conceder benefícios previdenciários sem obedecer rigorosamente à lei⁶⁰⁴.

Quanto ao Princípio do Direito Adquirido, é mister registrar que pode ser visto como aquele que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, e que implementou todas as condições para esse fim, inclusive podendo exercê-lo a qualquer momento⁶⁰⁵. No que toca à Previdência Social, na visão de Martins, tal princípio tem significativa importância no que diz respeito às aposentadorias:

Se houvesse uma mudança no prazo para a concessão de certo benefício e a pessoa já tivesse implementado todas as condições para requerê-lo, poder-se-ia dizer que a pessoa já havia adquirido o direito à concessão do benefício, de acordo com o prazo anteriormente estabelecido. O segurado adquire direito à aposentadoria no momento em que reúne todos os requisitos necessários para obtê-la. A aposentadoria será regulada pela lei vigente naquele momento. As modificações posteriores não se lhe aplicam, pois, caso houvesse retroatividade, atingiria o direito adquirido⁶⁰⁶.

Sobre os princípios constitucionais específicos da Seguridade Social, tem-se que todos eles estão previstos no art. 194 e seus parágrafos, da Constituição Federal, razão pela qual, abaixo serão transcritos:

a) Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento: visa o referido princípio à adoção de um sistema protetivo amplo, na medida em que cabe

⁶⁰³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 122.

⁶⁰⁴ Op. cit., p. 122-123.

⁶⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 74.

⁶⁰⁶ Op. cit., p. 74-75.

ao Estado e à sociedade garantir a todos o mínimo necessário. Possui dois desdobramentos: o primeiro trata-se da Universalidade da Cobertura, que corresponde às situações de *riscos* e visa vir a ser, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco forem atendidas; o segundo desdobramento é a Universalidade do Atendimento, isto é, a dimensão subjetiva do princípio, ligada aos destinatários das prestações de seguridade social, devendo tal universalidade entendida no sistema de seguridade social como um todo: em relação à Saúde todos são seus destinatários bem como à Assistência Social, desde que necessitados. Todavia, no que tange à Previdência Social, esta somente é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes, mediante o seu regime contributivo⁶⁰⁷.

b) Princípio da Uniformidade e Equivalência das Prestações às Populações Urbanas e Rurais: decorrente do princípio da isonomia, estabelece a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, uma vez que, antigamente, o tratamento dado ao trabalhador rural era diferente daquele dispensado ao trabalhador urbano. Visa o referido princípio consagrar a equivalência dos benefícios e serviços, notadamente no sentido de que todas as regras infraconstitucionais que não atendam ao conteúdo do princípio, tanto no que se refere aos tipos de prestações concedidas quanto aos critérios para apuração do seu valor, não encontram fundamento de validade na Lei Maior⁶⁰⁸.

Registre-se que uniformidade tem sentido no que toca às contingências que serão cobertas enquanto equivalência diz respeito ao aspecto pecuniário dos benefícios, ou à qualidade dos serviços que, necessariamente, não serão iguais, mas equivalentes⁶⁰⁹.

c) Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços: convém mencionar que a Seletividade atua na escolha dos tipos dos benefícios e serviços que são mantidos pela Seguridade Social. A Distributividade, entretanto, tem função de direcionar a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade e definir o grau de proteção⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.48-49.

⁶⁰⁸ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 17-18.

⁶⁰⁹ Idem, ibidem.

⁶¹⁰ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2014, p. 39-40.

d) Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios: e consiste tal princípio na ideia de que o valor dos benefícios não deve ser reduzido quanto ao seu valor nominal. Outra questão deste princípio é o trato quanto à questão da manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, prevista no § 4º do art. 201 da Constituição, assegurando *“o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”*. O referido dispositivo relaciona-se ao poder aquisitivo a ser observado no reajuste dos benefícios de previdência social. Assim, a manutenção do valor real é dirigida apenas a uma das áreas da seguridade (previdência social) enquanto a irredutibilidade do valor dos benefícios destina-se a toda a seguridade social⁶¹¹.

e) Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio: tal princípio na visão de Castro e Lazzari, é essencial para o sistema de Seguridade Social, haja vista que a participação equitativa de trabalhadores, empregadores e Poder Público no custeio da seguridade social é meta, objetivo, mas não regra concreta. Visa tal princípio garantir que os hipossuficientes tenham proteção social, exigindo-lhes, inclusive, na medida do possível, contribuição equivalente as suas possibilidades bem como contribuição empresarial, mediante princípio ou ideia da progressividade existente no Direito Tributário, ou seja, empresas que lucram mais pagam mais contribuições previdenciárias, empresas que tenham mais riscos e utilizam mais do sistema da Seguridade Social também pagam mais contribuições⁶¹².

f) Princípio da Diversidade da Base de Financiamento: tal princípio visa garantir maior segurança para o sistema, pois havendo dificuldade de arrecadação por parte de um determinado setor, outro poderá suprir tal dificuldade. Assim, a diversificação de bases de financiamento significa utilizar várias fontes de arrecadação, além da folha de pagamento dos trabalhadores, por exemplo, uma vez que somente esta não é suficiente para custear a totalidade das prestações de seguridade, por isso toda a sociedade de forma direta ou indireta, nos termos da lei, deve contribuir para o sistema de Seguridade Social⁶¹³.

g) Princípio da Gestão da Seguridade Social: tal princípio estabelece o *“caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão*

⁶¹¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 68-70.

⁶¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 115.

⁶¹³ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 47.

quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. Com isso, a Constituição determinou que a gestão da seguridade social deve ter caráter democrático e descentralizado, o que concretiza, no âmbito da seguridade social, o Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Federal, pois, exige a participação, nos órgãos de poder, dos destinatários do sistema. Assim, a gestão dos recursos, a criação de planos e programas, serviços e ações nas três espécies da Seguridade Social devem ser realizadas mediante discussão e participação da sociedade⁶¹⁴.

h) Princípio do Custeio Prévio: o princípio em comento visa cumprir a determinação expressa do enunciado no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, que determina: *“nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”*. Assim, o referido preceito constitucional estabelece que não há outra forma para conceder prestações de saúde, previdência e assistência sem que ocorra receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações. Ou seja, somente poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade social se houver recursos para tanto. Portanto, nos dizeres de Amado, isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja a contrapartida financeira⁶¹⁵.

Pelo que se observa, toda a estrutura e dinâmica da Seguridade Social e também de sua espécie Previdência Social podem ser melhor compreendidas e orientadas a partir das diretrizes mencionadas por seus princípios acima explicados.

5.3. Benefícios Previdenciários para Dependentes dos Segurados – Pensão Previdenciária por Morte

Acerca dos benefícios previdenciários para os dependentes, o art. 18 da Lei 8.213/91 assim perfila: *“O Regime Geral de Previdência Social compreende as*

⁶¹⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>> Acesso em: 30/10/2015.

⁶¹⁵ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 26.

seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I – [...]; II - quanto ao dependente: **a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão**” (sem grifo no original).

Quanto a direitos previdenciários para os casos de fertilização *in vitro* homóloga post mortem, por sua vez restringem-se apenas a uma possibilidade, qual seja, pensão por morte, posto que o auxílio-reclusão seria decorrente do segurado estar vivo, porém, recluso. Assim, resta a análise quanto ao benefício previdenciário de pensão por morte.

Toda discussão a respeito dos direitos previdenciários objetivava-se recair para a fertilização *in vitro* homóloga post mortem e ao benefício previdenciário de pensão por morte. O benefício de pensão previdenciária por morte é um benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento⁶¹⁶.

Para ter direito ao benefício de pensão previdenciária por morte é necessário comprovar os seguintes requisitos: a) que o falecido possuía qualidade de segurado do INSS na data do óbito; b) a morte, mesmo que presumida; c) dependência econômica (esse pressuposto para a segunda e terceira classe (pais e irmãos)⁶¹⁷.

A pensão previdenciária por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida (art. 265, II, a, da IN 20, do INSS/Pres): a) pelo dependente maior de 16 anos, até 30 dias da data do óbito; b) pelo dependente menor até 16 anos, até 30 dias após completar essa idade; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I; ou III - da decisão judicial, no caso de morte presumida; IV - da data da ocorrência, no caso de catástrofe, acidente ou desastre, se requerida até 30 dias desta⁶¹⁸.

⁶¹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 654.

⁶¹⁷ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 280.

⁶¹⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 654.

Com relação às datas de início do benefício de pensão por morte, as mesmas estão regidas pelo art. 265 da Instrução Normativa 20 do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), recentemente alterada pela IN 40, de 17/07/2009⁶¹⁹.

Ainda quanto às referidas datas para o início do benefício de pensão previdenciária por morte, deve-se traçar alguns comentários especialmente a respeito da morte presumida, porque, nesta situação, a pensão por morte terá um caráter provisório, ocorrendo o seu reconhecimento mediante sentença declaratória de ausência expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão; em ocorrendo situação de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, será contada a partir da data da ocorrência, mediante prova hábil⁶²⁰.

Saliente-se que a autoridade judicial competente também pode emitir sentença declaratória depois de 6 meses de ausência. No caso de desaparecimento do segurado, em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória, independentemente da declaração judicial de ausência, desde que possuam prova hábil. Todavia, com o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessa imediatamente, ficando os dependentes desobrigados da reposição dos valores recebidos, salvo se houver má-fé⁶²¹.

Outro aspecto importante da pensão previdenciária por morte diz respeito aos seus destinatários, tendo-se, em primeiro lugar, como destinatário os dependentes presumidos⁶²² do (a) segurado (a), ou seja, cônjuges, companheiros e filhos, os quais em havendo excluem os demais destinatários e, assim, sucessivamente. Posteriormente, em segundo momento, aparecem os pais como destinatários, que, se existentes, excluem os demais dependentes de outra classe, no caso, os irmãos, tendo esses dois últimos que fazer prova de sua dependência econômica⁶²³.

⁶¹⁹ BRASIL. **Instrução Normativa 20 do INSS**. 2009. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/INSS-PRES/2009/40.htm>> Acesso em: 31/10/2015.

⁶²⁰ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 435.

⁶²¹ Idem, ibidem.

⁶²² Não precisam fazer qualquer prova de referida dependência econômica ao segurado falecido.

⁶²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 391-392.

Em relação aos filhos, não há qualquer discriminação, a referida pensão previdenciária por morte permanecerá até os seus 21 anos de idade⁶²⁴, desde que não se emancipem, pois, senão perdem a condição de dependentes. Da mesma forma é com os irmãos. Em caso de invalidez do filho ou do irmão, desde que realizada perícia médica e constatada tal invalidez, a referida pensão previdenciária por morte persistirá enquanto for considerado inválido⁶²⁵.

O enteado ou menor tutelado, para fins de concessão de referido benefício de pensão por morte, equiparam-se ao filho, bastando para tanto declaração do segurado de tal situação bem como a comprovação de dependência econômica dos mesmos para com o segurado; em sendo o menor tutelado, é necessário apresentar junto com referido requerimento o termo de tutela em favor do Segurado⁶²⁶.

Outra situação bastante peculiar e que merece menção é o fato de ser reconhecido o direito da ex-esposa e da ex-companheira quanto à pensão previdenciária por morte do ex-marido e do ex-companheiro, sendo seu montante dividido entre ambas e conforme o caso, se existirem filhos de ambas, estes, também terão direitos relativos à referida pensão previdenciária por morte. É mister registrar que, a partir de 25.7.1991, também passou a contemplar o marido e companheiro como possíveis pensionistas, desaparecendo a distinção entre os sexos, haja vista que, anteriormente, tal benefício somente seria reconhecido para as viúvas e jamais para os viúvos⁶²⁷.

Quanto ao referido assunto, destaca-se também a situação em que, se um cônjuge se ausentar do lar, o outro só fará jus, caso prove a dependência econômica. Da mesma forma, para o separado ou divorciado. Percepção de pensão alimentícia por este cônjuge é o principal meio de prova dessa relação jurídica do

⁶²⁴ Existem algumas discussões nos Tribunais Federais brasileiros, a respeito do limite de idade até 21 anos, em situação deste dependente estar cursando faculdade, veja-se: “*Os dependentes fazem jus à proteção social por direito próprio, em virtude da necessidade econômica instaurada pela morte, cuja contingência social exprime falta ou diminuição de meios de subsistência que lhes proporcionava o segurado, instituidor da pensão. [...] É, portanto, indispensável vincular o direito à proteção social aos objetivos de pleno desenvolvimento das faculdades da pessoa humana, com a garantia de a pensão por morte perdurar até o dependente universitário completar a idade de 24 (vinte e quatro), consentânea e razoável com o que faria o segurado, se não tivesse falecido, [...] TRF da 3ª Região (10ª Turma). Apelação Cível n. 1.111.524. Julgamento em 08.06.2006 (v. U.). Rel. Des. Fed. Castro Guerra.*”

⁶²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 391-392.

⁶²⁶ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 273.

⁶²⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 895.

distanciamento, mas que comprova ainda a dependência econômica do segurado falecido⁶²⁸.

Outra característica marcante deste benefício previdenciário e, inclusive de suma importância para o desenvolvimento desta tese, refere-se ao fato de que os dependentes podem obter pensão previdenciária por morte, mesmo após a perda de qualidade de segurado do *de cujus*, desde que este tenha alcançado todos os requisitos à aposentadoria voluntária⁶²⁹.

Na visão de Ibrahim, o direito permanece quando o segurado, em vida, fazia jus a benefícios por incapacidade, como auxílio-doença ou mesmo auxílio-acidente, uma vez que não é incomum encontrar casos concretos, nos quais a pretensão legítima do segurado em obter algum destes benefícios lhe é negada, sobrevivendo o óbito. Em tais situações, se comprovada a incapacidade ou o direito ao benefício, ainda que distinto de aposentadoria, teria o segurado preservado a sua qualidade e, por conseguinte, assegurado a pensão por morte para seus dependentes⁶³⁰. Nesse sentido, referido autor, assim exemplifica:

[...], sempre que a data de início da incapacidade - DII, for fixada dentro do período de graça, ainda que o segurado tenha morrido anos depois, sem recuperação laboral, deixará pensão por morte, por possuir direito adquirido ao benefício por incapacidade⁶³¹.

IBRAHIM explica que, em face do mesmo raciocínio supracitado, deve ser preservado o direito dos dependentes em obter revisão da renda mensal da pensão previdenciária por morte sempre que for identificado o direito do segurado falecido ao incremento de sua remuneração, sob pena de restrição do direito à pensão previdenciária por morte. Menciona que a concessão da pensão previdenciária por

⁶²⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 895.

⁶²⁹ O próprio STJ, posteriormente, editou a Súmula 340, aprovando o seguinte verbete: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado. Esta Súmula deve necessariamente ser conjugada com a Súmula 336 deste mesmo Tribunal. De modo a que esta seja interpretada no sentido da necessária comprovação da necessidade econômica no momento do óbito, sob pena de consideraremos a absurda possibilidade de concessão do benefício após décadas do falecimento do segurado (Súmula 336: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”). De modo mais abrangente, pode-se dizer que o direito à pensão por morte perdura sempre que o segurado, em vida, preenchia requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria do RGPS (REsp. 1.110.5 65-SE, ReL Min. Felix Fischer, julgado em 27/5/2009).

⁶³⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 658.

⁶³¹ Idem, ibidem.

morte também não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, eis que qualquer habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente, somente produzirá efeito a contar da data da habilitação⁶³².

Assim, se o segurado, ao falecer, tinha ex-cônjuge com pensão alimentícia e companheira, ambas terão direito ao benefício, com metade para cada uma. Salientando, mais uma vez, que não é necessário que se espere todas solicitarem o benefício, podendo ser concedido na integralidade para a primeira que solicitar e, posteriormente, com o segundo pedido, realizar-se-á a divisão entre ambas⁶³³.

Outra característica da pensão previdenciária por morte, segundo Kertzman, refere-se ao fato de que a inscrição do dependente somente é possível no ato do requerimento do benefício, razão pela qual, por exemplo, não é possível, que o INSS proceda a conversão automática dos benefícios de aposentadoria em pensão por morte. Kertzman cita a existência de um problema bastante comum, que ocorre com o cônjuge do aposentado falecido, que não informa o óbito ao INSS e continua sacando o benefício de aposentadoria sem requerer, contudo, a sua transformação em pensão por morte. Nessa situação, se o INSS for informado do óbito do segurado, cancelará o benefício de aposentadoria e os valores sacados deverão ser devolvidos à Previdência, não podendo ser compensados por eventual direito à pensão por morte⁶³⁴.

A duração do benefício pode variar conforme a quantidade de contribuições do falecido, além de outros fatores. Tal situação foi modificada recentemente através da Medida Provisória 664/2014 convertida na Lei nº 13.135/2015. Assim, receberá o referido benefício de pensão previdenciária por morte, por quatro meses, a contar da data do óbito, se o cônjuge, o(a) companheiro(a), o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ser o início do seu casamento ou união estável, foi menos de 2 (dois) anos antes do falecimento do

⁶³² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 658.

⁶³³ Idem, ibidem.

⁶³⁴ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 434.

segurado, ou, se o óbito ocorreu antes de que o segurado tivesse realizado 18 (dezoito) contribuições mensais para o INSS⁶³⁵.

Entretanto, se o óbito ocorreu depois de terem sido realizadas mais de 18 (dezoito) contribuições mensais pelo segurado e pelo menos 2 (duas) após o início do casamento ou da união estável, ou ainda, se o óbito ocorreu de acidente de qualquer natureza, independentemente da quantidade de contribuições e do tempo de casamento ou de união estável, a duração do benefício de pensão previdenciária por morte passa a depender também da idade do dependente na data do óbito. Assim, se o dependente, na data do óbito, for menor de 21 anos, ele receberá o referido benefício por 3 anos; se o dependente, na data do óbito, tiver entre 21 a 26 anos, ele receberá a pensão previdenciária por morte por 6 anos; se o dependente, na data do óbito, tiver entre 27 a 29 anos, ele receberá a pensão previdenciária por morte por 10 anos; se o dependente, na data do óbito tiver entre 30 a 40 anos, ele receberá a pensão previdenciária por morte por 15 anos; se o dependente, na data do óbito, tiver entre 41 a 43 anos, ele receberá a pensão previdenciária por morte por 20 anos; se o dependente, na data do óbito, tiver a partir de 44 anos, ele receberá a pensão previdenciária por morte de forma vitalícia⁶³⁶.

Importa citar que, para o cônjuge inválido ou com deficiência, o benefício será devido enquanto durar a deficiência ou invalidez, respeitando-se os prazos mínimos descritos acima. E para os filhos, equiparados ou irmãos do falecido (desde que comprovem o direito), o benefício é devido até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo em caso de invalidez ou deficiência⁶³⁷.

Ressalte-se que o valor da pensão previdenciária por morte também é de 100% (cem por cento) sobre o salário-de-benefício do segurado falecido e, tem como base da aposentadoria o que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento; em caso de haver mais de um pensionista, será rateada entre todos, em partes iguais, cujas parcelas do rateio poderão ser inferiores ao salário mínimo⁶³⁸.

⁶³⁵ BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/pensao-por-morte/>>. Acesso em: 31/10/2015.

⁶³⁶ BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/pensao-por-morte/>>. Acesso em: 31/10/2015.

⁶³⁷ Idem.

⁶³⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 666.

Portanto, exemplificando, em que há mãe e filho, será de 50% para cada um deles e quando houver ex-esposa, separada ou divorciada com direito a alimentos, mais companheira e dois filhos, cada qual terá direito a 25%. Em resumo, as cotas serão sempre iguais, independentemente de maior ou menor necessidade de alguma das partes⁶³⁹.

O fim da pensão previdenciária por morte dá-se em face dos seguintes motivos: a) morte do pensionista; b) recuperação da higidez do inválido; c) maioridade do menor; d) emancipação do filho ou do irmão; e) reaparecimento do segurado ausente ou desaparecido.

MARTINEZ esclarece que, na atual legislação previdenciária, existe um situação bastante incomoda porque no casamento da viúva não constitui motivo para a cessação do benefício, somente perdendo direito a essa pensão se morrer o seu segundo marido ou companheiro, quando, então, terá que optar pelo benefício de maior valor⁶⁴⁰.

Extinta a cota de um dependente, o seu direito transfere-se para os demais, até que não existindo mais dependente, o referido benefício chega a seu fim⁶⁴¹.

5.4. Direito do Filho Oriundo por Fertilização *In Vitro Homóloga Post Mortem* à Pensão Previdenciária por Morte

Antes de mencionar diretamente o ponto fulcral deste tópico, registra-se que a Previdência Social e o Direito Previdenciário, em análise a casos concretos, em situações decorrentes de omissões legislativas, por meio da jurisprudência dos Tribunais Federais têm demonstrado que referidas situações podem ser superadas, a fim de garantir uma resposta adequada e justa, o que reforça ainda mais a possibilidade de concessão de pensão previdenciária por morte para o filho decorrente de fertilização *in vitro homóloga post mortem*.

⁶³⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 666.

⁶⁴⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 896.

⁶⁴¹ Idem, ibidem.

Salienta-se que, mesmo havendo lacuna legislativa, conforme será demonstrado abaixo, os estudos apontados nos capítulos anteriores, mormente nos princípios constitucionais que envolvem o Direito de Família bem como a atual concepção de família e de filiação auxiliam, de forma significativa, os conflitos de ordem Previdenciária. Para tanto, citam-se alguns exemplos, iniciando primeiramente pela problemática vivenciada por pai que, devido à perda da esposa ou companheira no momento do parto ou logo após ele, assume inteira responsabilidade e cuidado pelo(a) filho(a) recém-nascido(a), sem qualquer proteção legal disciplinada em tal situação, cabendo ao superveniente da segurada (pai) recorrer ao Poder Judiciário para efetivação do direito, pois, ao “deixar” seu emprego, precisa de recursos financeiros para sua manutenção e da própria criança recém-chegada.

A situação acima ventilada, ao “desembarcar” no Judiciário, sugere um esforço hermenêutico e uma interpretação ampliativa de tudo que fora explicado nos tópicos anteriores deste capítulo, principalmente no que se refere aos princípios da Seguridade Social e seus objetivos em prol do ser humano, da defesa do resguardo da família, a própria preservação da dignidade humana da própria criança recém-nascida, tudo alinhado ao que fora mencionado a respeito da família no segundo capítulo deste estudo. Para tanto, a título de exemplificação, vale a pena transcrever alguns arrestos dos Tribunais Federais, que superaram a lacuna de legislação, na questão do reconhecimento ao pai de receber o benefício previdenciário de auxílio maternidade, veja-se:

SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUERENTE O PAI VIÚVO. ART. 71 DA LEI 8.213/91. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. Conquanto mencione o art. 71 da Lei 8.213/91 que o salário-maternidade é destinado apenas à segurada, situações excepcionais, como aquela em que o pai, viúvo, é o responsável pelos cuidados com a criança em seus primeiros meses de vida, autorizam a interpretação ampliativa do mencionado dispositivo, a fim de que se conceda também ao pai o salário-maternidade, como forma de cumprir a garantia constitucional de proteção à vida da criança, prevista no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Recurso do autor provido. (RECURSO CÍVEL Nº 5002217-94.2011.404.7016/PR, por maioria, julgado em 28/02/2012, Relator: Guy Vanderley Marcuzzo- TRF 1ª Região).

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não

é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo *a quo*, no sentido de que aplica-se *in casu* o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. II - Apelação do INSS improvida. (TRF-3 - AC: 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA).

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE. - O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. **Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal.** - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-3 - AI: 27307 SP 0027307-84.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, Data de Julgamento: 28/01/2013, OITAVA TURMA) (sem grifo no original).

Outra situação de superação no campo da omissão legislativa dentro do Direito Previdenciário, que serve para demonstrar o esforço dos Tribunais Pátrios para superar tal obstáculo e dar efetividade aos preceitos constitucionais, garantido a todos os cidadãos os seus plenos direitos, se refere ao reconhecimento da pensão previdenciária por morte ao companheiro sobrevivente, na relação homoafetiva, quando da perda do seu companheiro segurado do INSS, veja-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O preceito constante do art. 1.723 do Código Civil — ‘é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família’ — não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferiu esse entendimento no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 2. Em recente pronunciamento, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar caso análogo ao presente, o RE n. 477.554-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26.08.11, em que se discutia o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, enfatizou que ‘ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação,

cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.’ (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 3. Deveras, entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido – como deseja o recorrente – quanto à existência de elementos caracterizadores da união estável, demandaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicat matéria fática, verbis: para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: ‘EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada a percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I, do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 – Decisão unânime.’ 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – 1ª Turma, Processo: RE-AgR 607562 - RE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): LUIZ FUX -, 18.9.2012).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também manifestou-se a respeito do reconhecimento de direito à pensão previdenciária por morte para companheiro sobrevivente de relação homoafetiva, inclusive, superando as lacunas legislativas, com base na concepção atual da família e em vários princípios constitucionais, tudo conforme exposto em capítulos anteriores desta pesquisa. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90. - A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos. - No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, 'c' do referido Estatuto. - Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher. - Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, o que revela não haver mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal. - Quanto à redução do percentual dos juros de mora, esta Corte assentou compreensão de que a Medida Provisória nº 2.180/2001, que modificou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, determinando que os juros de mora sejam calculados em 6% (seis por cento) ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, tem incidência nos processos iniciados após a sua edição. - No que pertine à correção monetária, o entendimento perfilhado pelo Tribunal a quo está em total sintonia com o deste Tribunal Superior já pacificado no sentido de que a dívida de valor da Fazenda Pública para com o servidor público deve ser corrigida desde o vencimento de cada prestação. - Recurso especial a que se dá parcial provimento, apenas para redução do percentual dos juros de mora para 6% ao ano. [.] (STJ – SEXTA TURMA; RESP 200700556560; RESP - RECURSO ESPECIAL – 932653; Relator(a): CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP); DATA:03/11/2011).

Em face do exposto acima, o que se pretende é demonstrar preliminarmente que o Direito Previdenciário, em situações de omissão legislativa, por se tratar de direito com grande amplitude e reflexo em toda a sociedade e por seu caráter social, solidário e democrático, não pode permanecer inerte, devido à ausência de legislação, devendo cumprir com seu papel, ou seja, de dar guarida a toda e qualquer contingência social a qualquer um dos seus segurados e seus dependentes.

Importante dizer que há uma lacuna na legislação que vem sendo debatida com a prática da fertilização *in vitro*, mormente em situações em que algumas mulheres que se dispõem a engravidar filhos engendrados por casais estéreis⁶⁴² utilizam-se da prática da fertilização *in vitro*, criando celeuma quanto ao benefício previdenciário de salário-maternidade⁶⁴³, principalmente quando a mãe genética e mãe substituta são seguradas do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

MARTINEZ, ao comentar sobre o benefício de salário maternidade, em situações de utilização da fertilização *in vitro*, assinala que desperta várias controvérsias com relação a quem seria a mãe deste recém-nascido, oriundo de uma gestação substituta, para efeitos de recebimento do benefício previdenciário de salário maternidade. Tanto que, assim, aduz:

Dependendo do conceito que se tenha de progenitora, do ponto de vista da concepção da vida, se entenderá que serão duas. A mãe genética é um pouco mais do que a mãe gestante. Afinal, a maternidade envolve outros aspectos além do processo biológico da reprodução, desde a gestação até o parto. A mulher que adote um bebê logo após o nascimento e dele cuide por toda a vida, ainda que sem laços sanguíneos com a criança, e que juridicamente seja considerada adotante, pode ser tida moralmente como a mãe pessoal, familiar ou social⁶⁴⁴.

⁶⁴² “A maternidade substitutiva, ou barriga de aluguel, ocorrerá quando a mulher denominada ‘mãe substitutiva’ dispõe-se a carregar embrião dentro de seu útero durante o período de gestação, isto é, realiza-se um acordo com uma mulher fértil para que, ao nascer a criança, esta seja entregue ao casal solicitante”. (RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier, **Os efeitos jurídicos do salário-maternidade na barriga de aluguel**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33210-42128-1-PB.pdf>> Acesso em: 02/11/2015.

⁶⁴³ “Salário Maternidade consiste na renumeração paga pelo INSS à segurada gestante durante o seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 397).

⁶⁴⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 887.

Para enriquecer a discussão sobre salário maternidade de gestação substituta, Martinez exemplifica com outras situações. A primeira refere-se à união homoafetiva, constituída de duas mulheres, ou de dois homens; as referidas famílias desejam ter filhos mediante fertilização *in vitro*, contando com os óvulos das próprias mulheres da união homoafetiva ou de terceiras, podendo ser discutida também quem é a mãe da criança nascida desse vínculo convencional entre as duas mulheres e como fica a situação da mulher que emprestou, seu ventre para o casal de homens. A segunda refere-se ao fato de uma mulher que fornece o óvulo, juntamente com os espermatozóides do homem, sendo, neste caso, a “mãe genética” a mulher que promove a procriação, chamada de receptora, de substituta⁶⁴⁵.

Nos dois casos acima, vai-se consagrando o uso de mãe substituta e mãe genética e, conseqüentemente, tudo isso importa no reconhecimento do benefício de salário maternidade a quem? Para responder tal questão, o próprio Martinez desenvolveu o seguinte raciocínio:

Primeiramente, a legislação brasileira sobre a adoção e guarda, determinada pela Lei n. 10.421/2002, prevê o benefício previdenciário de salário maternidade, que será deferido à segurada do Regime Geral da Previdência Social que adote ou obtenha a guarda judicial de certa criança. A princípio, o direito da adotante ou guardiã não se confunde com o direito da mãe biológica que, ao seu tempo, fez jus ao benefício, se era segurada⁶⁴⁶.

Para melhor compreender a referida questão, inicialmente deve-se observar que, *“nesse caso, o legislador prestigia a proteção às crianças, à adoção e à guarda, e não necessariamente a gestação em si mesma, pois, a adotante e a guardiã não engravidaram nem ficaram impedidas de trabalhar”*⁶⁴⁷. Contudo, tem-se que:

Embora o título da prestação seja salário maternidade, não é apenas a maternidade o risco coberto pelo seguro social, pois se a mulher fica grávida por oito meses (entende-se que ela possa laborar até esse penúltimo mês de gestação). Nos últimos 28 dias seguintes, teria enormes dificuldades para continuar trabalhando, daí a licença antes do parto e depois

⁶⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 887-888.

⁶⁴⁶ Op. cit., p. 888.

⁶⁴⁷ Idem, ibidem.

dele fazer jus a um período de maternidade de 91 dias para poder assistir o bebê. Aliás, conforme a convenção, podendo prorrogar os 120 dias por mais 60 dias (Lei n. 11.770/2008). Note-se que durante duas semanas antes ou duas semanas depois do parto, consoante atestado médico específico, ela poderá ser licenciada e ser reembolsada pelo benefício (RPS, art. 93, § 3B). **Logo, a contingência protegida é a gravidez seguida da gestação e certo período de aleitamento** (92 ou 106 dias)⁶⁴⁸ (sem grifo no original).

Dessa forma, a mãe gestante substituta tem justificativa plausível para o recebimento de tal benefício, ainda que não tenha havido relação sexual propriamente dita, simplesmente pelo fato de ter ficado grávida durante os nove meses e ter dado à luz; e mesmo que, após o parto não tenha permanecido com a criança sob sua guarda, ela precisa recuperar-se do parto, e, somente por isso não se tem dúvidas de que deve fazer jus ao salário-maternidade nas exatas condições, como se o filho fosse geneticamente seu⁶⁴⁹.

No que toca à mãe genética, durante os nove meses de gestação da mãe substituta, embora não passasse pelos desconfortos de uma gravidez, mesmo assim, certamente acompanhou a gestação, psicologicamente vivenciando a maternidade, mesmo que a distância, e, depois do nascimento, assumiu todos os desvelos de atender às necessidades do recém-nascido, por isso se justifica o recebimento de tal benefício previdenciário. Na condição de segurada, de forma análoga, diante do silêncio normativo, será preciso considerar as diversas situações envolvidas e, no mínimo, fará jus aos 120 dias posteriores ao parto, na condição equivalente ou por analogia à mãe adotante, uma vez que, com o advento da Lei n. 10.421/2002 é reconhecido tal direito de salário maternidade⁶⁵⁰.

Enfim, a situação de fertilização *in vitro* vivenciada no caso da maternidade substitutiva, permite à mãe adotante e à mãe gestante (mesmo sendo a legislação previdenciária omissa) a possibilidade do recebimento do benefício de salário maternidade para ambas em face de um mesmo fato gerador, embora com justificativas diferentes para cada uma delas.

Aliás, dentro do que se demonstrou acima, nas três situações paradigmáticas (pensão previdenciária por morte em favor do companheiro sobrevivente na relação homoafetiva; auxílio maternidade para o pai que perdeu sua

⁶⁴⁸ Op. cit., p. 888-889.

⁶⁴⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo II, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 889.

⁶⁵⁰ Op. cit., p. 889-890.

esposa ou companheira no parto; e a questão da fertilização *in vitro* na gestação substitutiva), entende-se que o Direito Previdenciário, e principalmente o Poder Judiciário, em momento algum, deixou de dar uma resposta justa e adequada aos fatos da vida que, até o presente momento, não tinham respaldo legislativo.

Portanto, desde logo, pode-se dizer, de forma paradigmática, quanto ao filho da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, que não pode ser diferente tal interpretação; ou seja, não se justifica ser negada a concessão de pensão previdenciária por morte, por não existir legislação previdenciária atinente ao caso em tela.

Adentrando no mérito da questão de se reconhecer o direito do filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem* à pensão previdenciária por morte do genitor, ponto nodal desta tese, deve ser dito, que lhe assiste tal direito sob vários fundamentos desenvolvidos durante esta pesquisa, conforme será observado a seguir.

Para construir justificativas ao direito do filho proveniente por fertilização *in vitro homóloga post mortem* à pensão previdenciária por morte, deve ser aduzido que os próprios estudos que envolvem os direitos da personalidade autorizam a construção de uma interpretação plausível para o reconhecimento do assunto. Os direitos da personalidade como uma precondição à existência de todos os demais direitos⁶⁵¹, por corresponderem a um complexo formador do ser humano, mesmo havendo omissão legislativa previdenciária quanto ao referido assunto, pelo simples fato de existir um sujeito de direito, um ser vivo, como é o caso do filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem*, por si só, justifica-se a pensão previdenciária por morte ao filho que nasce através desta modalidade de reprodução humana póstuma.

Nessa construção hermenêutica para ratificar o direito de pensão previdenciária por morte ao filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga póstuma*, a teoria do início da personalidade humana conhecida como Concepcionista, que reconhece a personalidade e, portanto, a pessoa desde a sua concepção, acaba por recepcionar a possibilidade do filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem* de ter direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, razão por que, não seria diferente quanto ao benefício de pensão previdenciária por morte do genitor

⁶⁵¹ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material Genético Humano**: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização. Curitiba: Juruá, 2010, p. 78 – 79; 81.

segurado, que nada mais é do que um direito patrimonial concedido aos filhos, na qualidade de seus dependentes da Previdência Social.

Pela referida corrente Concepcionista, o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas tão somente para que possa vir a consolidar-se, por isso, se justifica tal direito ao recebimento de eventual pensão previdenciária por morte ao filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem*. Nesse sentido, Norbim defende que o direito à vida é um direito natural, ao qual os outros direitos se submetem. Assim, “*sendo o homem um fim, e não um meio*”, tendo valor em si mesmo, a sua dignidade deve ser respeitada desde sua concepção, sob pena de se desrespeitar direitos humanos intangíveis⁶⁵².

Por isso, se ele tem direito a viver dignamente e sendo o seu genitor segurado do INSS, quando de sua concepção, independente da forma que fora concebido, evidentemente terá, quando do seu nascimento direito à percepção da pensão previdenciária por morte.

Partindo-se da visão, quanto ao embrião criopreservado ou (em uma interpretação mais extensiva) quanto ao material genético criopreservado, que ambos merecem toda e qualquer proteção jurídica e, por via reflexiva, reconhecimento como pessoa, dotado de personalidade.

Destaca-se que, a partir da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, não se pode esperar nada diferente de um ser humano digno de todas as prerrogativas atinentes à sua espécie, razão pela qual repete-se que, sendo o seu genitor segurado da Previdência Social e comprovado que a criopreservação do embrião ou do seu material genético ocorreu antes de sua morte, no momento em que detinha a qualidade de segurado da Previdência Social, ao nascer o fruto de referida fertilização *homóloga in vitro póstuma*, na qualidade de dependente, como qualquer outro filho, não haverá óbice para ser-lhe concedido tal direito de pensão previdenciária por morte.

A corrente Concepcionista despreza o fato dos direitos da personalidade estarem sujeitos à condição, mesmo que suspensiva, pois, impor condições seria o mesmo que negar direitos essenciais a qualquer ser humano. Portanto, se o genitor do filho concebido via fertilização *in vitro homóloga post mortem* era segurado do INSS no momento em que armazenou um embrião *in vitro* com seu material

⁶⁵² NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do Nascituro à Personalidade Civil**: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 57-59.

genético, ou tão somente o seu material genético, para fins de gerar um futuro filho, entende-se que, a partir de tal data, criou-se a possibilidade de ter futuramente um filho nascido, seu dependente, e que em razão dos benefícios retroagirem a partir de sua morte até a concepção, certamente esse filho ao nascer poderá habilitar-se e requerer benefício de pensão previdenciária por morte.

Por outra argumentação, justifica-se também o direito do filho por fertilização *in vitro* *homóloga post mortem* de perceber a pensão previdenciária por morte, usando, inclusive, dos mesmos argumentos colecionados em favor dos direitos sucessórios. Ressalvando, que é muito mais fácil reconhecer tal direito nas situações em que existam embriões criopreservados, mas não impossível, em havendo apenas material genético criopreservado, tudo conforme já se asseverou quanto ao questão fins de direito sucessório, em capítulo anterior, até porque, segundo Almeida, como já dito alhures, se o legislador pátrio reconhece os efeitos pessoais da filiação ao *concepturo*, então para ele não se justificaria afastar os efeitos patrimoniais porque não se vive mais em um sistema em que se diferenciam filhos em razão de sua origem⁶⁵³.

A partir da ideia paradigmática do direito sucessório ao embrião *in vitro* da fertilização *homóloga post mortem* é oportuno citar que: “Se o embrião já existia na data da abertura da sucessão, mesmo que estivesse crioconservado, o ser dele resultante terá capacidade sucessória se um dia vier a ser implantado num útero e, depois da gestação, nascer com vida⁶⁵⁴”. Através de uma construção teórica paradigmática, pode-se dizer que: se o embrião já existia na data da morte do segurado da Previdência Social, mesmo que estivesse criopreservado, o ser dele resultante terá plenas condições, se um dia vier a ser implantado num útero e, depois da gestação, nascer com vida, de ser considerado dependente de seu falecido pai, e, portanto, inscrever-se na Previdência Social e requerer benefício de pensão previdenciária por morte.

Como se não bastasse uma das justificativas paradigmáticas acima para justificar o direito sucessório deste tipo de fertilização *in vitro*, há a questão de direitos de partilha de bens que, sendo elas relativas e, portanto, suscetíveis de

⁶⁵³ ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado**: direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

⁶⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. v. 5, 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

nulidade, diferente não ocorre no caso de declaração e inscrição de dependentes de segurado junto à Previdência Social, pois pode ocorrer também em situação de reconhecimento de outro filho do segurado, após a concessão de pensão previdenciária por morte, de ser revista em virtude do surgimento de novo filho do então segurado da Previdência Social.

Assim ocorrendo, muda tal cenário, inclusive podendo ser citado o próprio uso da investigação da paternidade cumulada com petição de herança que poderá servir, além de meio para anular eventual partilha também para modificar perante a autarquia previdenciária a relação de dependentes do *de cujus*.

Ainda se utilizando da forma paradigmática, quanto aos argumentos da questão de direito sucessório para o caso em estudo, deve-se lembrar das palavras ditas por Freitas, que, no Estado Democrático de Direito, em face dos próprios efeitos do garantismo constitucional, em sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança, até porque, se deixou no banco de sêmen registrado a sua vontade de ser genitor de uma criança, evidentemente que, no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, devem ser reservados os bens deste filho concebido após sua morte, sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois pleitear por petição de herança seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade⁶⁵⁵.

Da mesma forma, quando do falecimento do segurado da Previdência Social, em tese, poderiam os seus dependentes informar à referida Autarquia Previdenciária da existência de um embrião criopreservado ou do material genético armazenado em laboratório para fins de futuro nascimento de um filho, e assim que viesse a ser concebido e, posteriormente, ao nascer, poderia vir a inscrever-se e passar a receber parte, ou na ausência de filhos menores de 21 anos de idade ou inválido, a integralidade da pensão previdenciária por morte de seu genitor segurado da Previdência Social.

A mesma visão de Pereira pode ser aplicada ao filho proveniente da fertilização *in vitro* para concessão do benefício de pensão previdenciária por morte, pois é o mesmo raciocínio previsto na interpretação mais extensiva ao próprio art.

⁶⁵⁵ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> >. Acesso em: 10/10/2015.

1.597 do Código Civil, ou seja, situação semelhante de “presunção” (rectus, ficção)” de sua concepção desde a constância do casamento⁶⁵⁶, deve-se igualmente reconhecê-lo como dependente e, portanto, ter direito à pensão previdenciária por morte.

Assim como no raciocínio da presunção de concepção do filho desde a constância do casamento, é oportuna, mais uma vez, a visão de Gonçalves ao mencionar que não há como fugir dos dispositivos contidos nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que o primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial *homóloga*, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo, consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação. Portanto, como não se justifica a exclusão de direitos sucessórios, diferente não é para o benefício previdenciário de pensão por morte, porquanto tem a mesma natureza patrimonial.

Salienta-se que a inscrição do dependente somente ocorre após habilitar-se perante a Previdência Social. Assim, de posse da certidão de nascimento ou da decisão judicial de reconhecimento de sua paternidade, comprovada perante a Autarquia Previdenciária a qualquer momento, comprovados os requisitos para reconhecimento da pensão previdenciária por morte⁶⁵⁷, esse filho nascido mediante fertilização *in vitro homóloga post mortem* passa a ter direito ao referido benefício até completar 21 anos de idade, ou, em caso de invalidez, enquanto permanecer inválido.

No caminho da construção para justificar melhor os direitos da pensão previdenciária por morte, para os filhos oriundos por fertilização *in vitro homóloga* póstuma, mantendo a mesma linha, por analogia, do raciocínio do direito sucessório, na visão de Albuquerque Filho, aquele filho “engendrado” pela medicina não poderia ser prejudicado ou excluído em seus direitos de filho simplesmente em face da chamada “*suposta segurança no processo sucessório*” e cita, como exemplos, os casos de ações de petição de herança, nos termos do art. 1.824 do Código Civil, em

⁶⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: V. VI: Direito das Sucessões. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.34.

⁶⁵⁷ Convém mencionar que, para ter direito ao benefício de pensão por morte, é necessário comprovar os seguintes requisitos: a) que o falecido possuísse qualidade de segurado do INSS na data do óbito; b) a morte, mesmo que presumida; c) dependência econômica (esse pressuposto para a segunda e terceira classe (pais e irmãos) (GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011, p. 280).

que a referida noção da segurança é relativa, dado ao fato de que a cada ação de petição de herança, o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro mas também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido. Como consequência, a segurança sucessória é relativa e suscetível de mudança a qualquer lapso temporal⁶⁵⁸.

Da mesma forma, pode ser vista a questão da pensão previdenciária por morte, ou seja, não se pode negar tal benefício sob a assertiva da “suposta segurança no processo que concedeu benefício de pensão previdenciária por morte a determinados dependentes”, haja vista que, em se tratando de pensão previdenciária por morte, a inclusão de dependentes pode ser revista a qualquer tempo, bastando como se disse, a prova de sua dependência e de que o *de cujus* possuía a qualidade de segurado do INSS no momento do seu óbito.

MONTALBANO, ao aludir que o Brasil não veda a inseminação *post mortem*, conclui que não poderá haver prejuízo para o fruto dessa técnica, pois o direito aplica-se no todo e não apenas em parte, o que seria incoerente do ponto de vista jurídico⁶⁵⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio acima, a Previdência Social e sua autarquia INSS não podem negar o direito à pensão previdenciária por morte ao filho proveniente da técnica de fertilização *in vitro* póstuma porque não estava nascido, ou concebido quando do falecimento de seu pai, pois, partindo da premissa de que todos os filhos são iguais, não se pode fazer com que um ser humano (em virtude do tempo de seu nascimento e da forma de sua concepção) possa ser privado de alguns direitos.

VARGAS também reconhece o referido direito sucessório a essa categoria de filhos oriundos de fertilização *in vitro* em comento, podendo seus argumentos justificar, da mesma maneira, a pensão previdenciária por morte, uma vez que, se o Código Civil prevê em seu art. 2º, que os direitos do nascituro estarão resguardados desde a concepção, mesmo que tenha que nascer com vida, importa reconhecer que o embrião, já fecundado no momento da abertura da sucessão, enquadra-se parcialmente na previsão legal, pois que está concebido. Assim,

⁶⁵⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8> Acesso em: 13/05/2012.

⁶⁵⁹ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. v. 19, n. 25. Florianópolis: In: **Revista da Esmesc**, 2012, p. 30-31. Disponível em: <http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>. Acesso em: 11/10/2015.

mesmo não podendo ser considerado nascituro, a nova redação manteve aquela prevista no Código de 1916 e, se o "antigo" Código protegia alguns direitos dos nascituros quando nem se cogitava das técnicas de procriação assistida, não seria justo que o Código Civil, de 2002, deixasse de recepcionar os avanços da biotecnologia e, portanto, negasse proteção aos direitos dos embriões, mesmo que criopreservados⁶⁶⁰.

Com base no princípio constitucional da igualdade entre os filhos e da sua não discriminação (uma vez que está consagrado no sistema jurídico, independentemente da situação jurídica dos pais) nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, não se pode admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *homóloga post mortem*, visto que tal situação não encontra guarida constitucional; ao contrário, pois, se o legislador constitucional não previu exceção, não cabe ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete, estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Assim, tem-se mais esse forte argumento para ser concedida a pensão previdenciária por morte do genitor ao filho oriundo através desta modalidade de reprodução humana assistida.

Nos dizeres de Pisetta, o princípio da igualdade de direitos entre os filhos advindo de qualquer origem é justificado a partir da Constituição Federal, do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Assim, se tal princípio acima constante nos referidos ordenamentos jurídicos não diferencia os filhos advindo de qualquer origem, obviamente, no caso da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, não será diferente, razão pela qual não é admissível que as crianças que foram geradas mediante o uso de tal técnica fiquem despidas dos direitos que teriam, se havidas conforme os preceitos das hipóteses de presunção legal de filiação do art. 1.597 do Código Civil de 2002, inclusive, aduzindo que a criança não tem culpa de ter sido concebida mediante tal técnica de reprodução humana assistida após a morte de um de seus genitores⁶⁶¹. Tanto é que a referida autora, conforme dito em capítulo anterior afirma que:

⁶⁶⁰ VARGAS, Aline de Castro Brandão. **Embrião criopreservado implantado post mortem tem direito sucessório?** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/embri%C3%A3o-criopreservado-implantado-post-mortem-tem-direito-sucess%C3%B3rio>> Acesso em: 14/10/2015.

⁶⁶¹ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 145-146.

Definitivamente, o Código Civil Brasileiro de 2002 não logrou êxito em abordar suficientemente a questão dos direitos hereditários dos filhos havidos por inseminação artificial ou fertilização *in vitro* homóloga post mortem. As problematizações já se iniciam na determinação da filiação destas crianças e prossegue na diferenciação feita entre aqueles filhos que não se enquadram no rol das presunções de paternidade e também não foram beneficiados por disposição testamentária. Destarte, entende-se que, se não for proibida a utilização de técnicas de reprodução assistida homóloga póstumas, mister se faz a preservação dos direitos da criança assim oriunda, sob pena de se incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana⁶⁶².

UCHÔA e SANTOS entendem que, pelo fato do sistema jurídico consagrar a igualdade entre os filhos constitucionalmente, não se pode permitir que uma legislação infraconstitucional (como é o caso do Código Civil, ou mesmo que existisse, uma legislação previdenciária) não permitisse direitos ao filho concebido mediante fecundação *artificial post mortem*, pois, ainda assim, qualquer solução restritiva em desfavor dos filhos da fertilização *in vitro* importaria em discriminação atentatória à igualdade com os demais filhos, seus irmãos biológicos. Por isso, a criança gerada através da fertilização artificial *post mortem*, tendo direito à presunção da filiação como concebida na constância do casamento, desde que por fertilização artificial homóloga, nos termos do art. 1597, inciso III, do Código Civil, terá direito à sucessão como qualquer outro filho⁶⁶³, inclusive, não havendo diferença no direito de perceber pensão previdenciária por morte de seu falecido genitor.

Para Dias, não há justificativas para exclusão do direito de herança ao filho oriundo da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, podendo referidos argumentos ser utilizados também quanto à pensão previdenciária por morte, tanto que aponta na defesa do uso das técnicas de reprodução assistida como um direito fundamental de qualquer pessoa, decorrente do direito ao planejamento familiar, proibindo quaisquer restrições aos filhos concebidos por meio dessas técnicas. Para enfatizar, convém repetir as palavras da autora ditas em capítulo anterior:

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos

⁶⁶² Op. cit., p. 146-147.

⁶⁶³ UCHÔA, Anna Walléria Guerra; SANTOS, Alexandre Braz dos. Os direitos do filho concebido por inseminação artificial heteróloga post mortem. In: **Hiléia: Revista do Direito Ambiental da Amazônia** nº 18|jan - jun| 2012, p. 66. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/Hileia/article/view/162/181>>. Acesso em: 14/10/2015.

genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...]. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresse consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida⁶⁶⁴.

Assim, atento às justificativas apresentadas acima, em razão do uso paradigmático do estudo feito em relação ao direito sucessório dos filhos oriundos por fertilização *in vitro homóloga post mortem*, somente por tais assertivas justifica-se plenamente a concessão da pensão previdenciária por morte do filho engendrado mediante fertilização *in vitro*.

Contudo, existem outras tratativas, especificamente, o próprio princípio da dignidade humana, de que tanto se falou em capítulos anteriores, uma vez que nada mais digno para esse filho por fertilização *in vitro* que, em determinado momento fora planejado e certamente muito desejado por seu falecido genitor, a partir de sua existência, em razão da contingência da morte de seu genitor, este, segurado da Previdência Social, pelo menos lhe seja reservado por meio do benefício de pensão previdenciária por morte a sua manutenção quanto a suas necessidades mais vitais, a fim de que se lhe garanta no mínimo, uma vida digna.

Portanto, com o raciocínio acima, espera-se no que tange ao consagrado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, por meio da Seguridade Social e da Previdência Social seja possível cada vez mais, dar efetividade prática ao referido princípio, uma vez que sem dignidade a qualquer pessoa, não há que se falar em Nação, nem em Estado Democrático de Direito, não podendo, de forma alguma, a Previdência Social, autarquia que faz parte do Estado, ter qualquer espécie de atitude que resulte em desrespeito à dignidade humana de qualquer ser humano vivo, mesmo que ainda em formação.

Outro importante princípio constitucional que dá guarida ao reconhecimento da pensão previdenciária por morte aos filhos oriundos mediante a técnica de fertilização *in vitro post mortem* é o da Solidariedade que, conjugado ao Direito de Família, particularmente em face da extensão da solidariedade familiar a toda sociedade e não somente aos membros de uma família, o filho proveniente da

⁶⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, São Paulo: Editora RT, 200, p. 117-118.

fertilização *in vitro* homóloga post mortem de um segurado da Previdência Social deve ser integralmente protegido, indistintamente de sua forma de concepção e de origem, sob pena de tornar-se sem uso tão elementar princípio para a sociedade e para a própria Seguridade Social.

Segundo Ibrahim, por tal princípio traduz-se “o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos, (...)”⁶⁶⁵, portanto, não há como renegar tal direito ao filho de um segurado que, durante algum tempo, através de suas contribuições individuais gerou recursos para a proteção de toda a coletividade.

Aproveitando a visão de Martinez sobre o Princípio da Solidariedade Social, pode-se dizer que tal princípio tem significado a partir do momento em que a cooperação da maioria ocorre em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. A extensão do amor individual é exercitado entre familiares e parentes para o grupo social⁶⁶⁶, motivo pelo qual essa cooperação da maioria em favor da minoria, obviamente que (em sendo reconhecido o filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga póstuma como ser dotado de todos os direitos inerentes a sua pessoa, na qualidade de dependente de segurado) neste momento, o Princípio da Solidariedade certamente deverá fazer-se presente a fim de proteger e se solidarizar com a situação do filho que, com a ausência de seu genitor, não pode ficar à mercê da sorte, ainda mais que seu genitor fazia parte, antes de morrer, desse sistema de solidariedade coletiva, e a muitos, com suas contribuições individuais, também auxiliou.

Encerrando tal aplicação do Princípio da Solidariedade Social para fins de justificativa para a concessão da pensão previdenciária por morte do genitor ao filho em comento, tem-se que: “a solidariedade é também pressuposto para a ação cooperativa da sociedade, sendo condição fundamental para a materialização do bem-estar, com a necessária redução das desigualdades sociais”⁶⁶⁷, fato este que justifica o acolhimento deste filho do segurado, mesmo que fertilizado *in vitro* de

⁶⁶⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 65.

⁶⁶⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 117-118.

⁶⁶⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 65.

forma *homóloga* e nascido após a morte de seu genitor que, como se disse alhures, caso segurado no momento da sua morte, não pode seu filho ser desprovido de tal benefício, uma vez que a própria razão de ser da Previdência Social é suprir contingências, logo, a pensão previdenciária por morte servirá para a manutenção e a própria sobrevivência deste filho.

Como não bastassem os princípios acima, deve-se, neste momento, mencionar que o Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento também tem como objetivo a adoção de um sistema protetivo amplo, na medida em que cabe ao Estado e à sociedade garantir a todos o mínimo necessário, não podendo deixar de amparar o filho decorrente de fertilização *in vitro homóloga post mortem* de um de seus segurados⁶⁶⁸.

Pelo que se sabe até o presente momento, não há qualquer estudo jurídico e nem qualquer legislação específica ou qualquer julgado nos tribunais pátrios, conforme se asseverou acima, certamente, em futuro bem próximo, poderá a vir a ser discutido, em razão de um caso em concreto, pois, como dito, as técnicas de reprodução humana já fazem parte do cotidiano e, como a ciência do direito busca incessantemente dar guarida a todos os fatos gerados pelo ser humano, não há como deixar de apreciar a presente situação levantada nesta tese. Por isso, em face do acima exposto e porque, no Estado Democrático de Direito a Constituição Federal exerce força intensa em todo o ordenamento jurídico e, principalmente, por ter como princípio vetor a dignidade da pessoa humana e o desprezo a qualquer discriminação quanto aos filhos, não pode mais ser negado qualquer direito a qualquer filho, independentemente de ser gerado antes ou depois da morte de seu genitor.

É mister enfatizar que a Constituição Federal, como ponto fulcral do sistema jurídico, tem, nos princípios constitucionais, um relevante papel para todas as categorias do direito, não sendo diferente para a Previdência Social, razão pela qual seus princípios devem ter aplicabilidade de forma ampla quanto ao tema aqui estudado⁶⁶⁹.

Pela razão acima e por todos os ângulos de observação do complexo sistema jurídico, mesmo sem adotar qualquer posicionamento a respeito das teorias

⁶⁶⁸ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p.48-49.

⁶⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 260-261.

do início da personalidade humana analisadas nos capítulos anteriores, e mesmo sem utilizar de toda a construção doutrinária a respeito dos direitos sucessórios ao filho oriundo da fertilização *in vitro* *homóloga* póstuma, simplesmente pelos Princípios da Dignidade Humana, da Solidariedade Social, da Igualdade entre Filhos e pela própria conceituação de família, seus princípios e características, e pela própria conceituação da filiação, seus princípios e características, observa-se que a igualdade de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem, tempo de seu nascimento, forma de constituição de família, o que deve prevalecer num Estado Democrático de Direito são todos os direitos inerentes à qualquer pessoa, não sendo diferente a pensão previdenciária por morte ao filho proveniente de *fertilização in vitro* *homóloga post mortem*.

Para encerrar o presente capítulo, conclui-se pela defesa de todos os direitos ao filho oriundo por *fertilização in vitro* *homóloga* *póstuma*, não sendo diferente o direito de receber a pensão previdenciária por morte, desde que seu genitor tivesse a qualidade de segurado da Previdência Social até o instante de sua morte, eis que, trata-se de direito patrimonial, inclusive de caráter alimentar, que lhe permita a sua manutenção de forma digna, até que atinja, pelo menos, 21 anos de idade.

CONCLUSÃO

Em face do proposto no presente estudo e de tudo o que se observou nos capítulos aqui apresentados, deve ser mencionado que a fertilização *in vitro* constitui-se num método de reprodução humana assistida, buscado por casais que desejam ter filhos e que não conseguem pelos meios naturais, devido a alguma complicação de fertilidade. O uso de tal técnica laboratorial permite que os espermatozóides fecundem óvulos fora do corpo da mulher, ou seja, sem que ocorra relação sexual.

Durante muitos anos, conforme se observou no breve esboço histórico, o homem sempre tentou, como de fato conseguiu, desenvolver técnicas de reprodução humana assistida, a fim de poder gerar filhos, superando obstáculos à fertilidade humana, com o intuito de constituir sua descendência. Evidentemente que tal sucesso somente ocorreu após anos de estudos e após várias tentativas frustradas. Contudo, hoje, tais procedimentos são uma realidade, conforme se aduziu em todo o corpo desta pesquisa.

Importa salientar também que as referidas técnicas ocorrem de duas formas: através da fertilização *in vitro* e da inseminação artificial, sendo fertilização *in vitro* diferente de inseminação artificial basicamente pelo local onde ocorre a fecundação, uma vez que, na fertilização *in vitro*, como se disse alhures, o encontro dos gametas dá-se em laboratório, enquanto o encontro dos gametas, na inseminação, ocorre no interior do organismo.

No caso específico da fertilização *in vitro* pode-se observar, no corpo do presente trabalho que ela possui várias classificações, podendo ser chamada de

Homóloga, quando feita com o óvulo e o espermatozóide provenientes do próprio casal de quem o embrião vai ser filho; **Heteróloga**, quando proveniente da utilização do sêmen utilizado de um terceiro, que não é do cônjuge ou companheiro da mulher fertilizada, ou do sêmen do cônjuge ou companheiro e óvulo doado de outra mulher que não a do cônjuge ou companheira, mas implantado no útero desta; pode ser, ainda, sêmen e óvulo doados e, posteriormente, implantado no útero da mulher do casal que irá gerar e criar o filho.

Oportuno citar que existe ainda uma terceira classificação chamada de **Mista**. Trata-se de procedimento com sêmen proveniente de vários homens, incluindo o do marido, ou companheiro da mulher e óvulos da esposa ou companheira e de distintas mulheres.

Para efeitos da presente tese e até mesmo para responder às hipóteses formuladas quando do projeto deste estudo, buscou-se analisar que a visão do direito relativo a fertilização *in vitro post mortem* na modalidade *homóloga* como a modalidade que poderia permitir o avanço da matéria aqui apresentada. O sistema jurídico brasileiro, mesmo que bastante omissivo, aponta pelo menos alguns preceitos, o Código Civil, o enunciado de nº 106, do Conselho da Justiça Federal e a Resolução de nº 2.013/13, do Conselho Federal de Medicina, do ano de 2013, apenas permitem a fertilização *in vitro post mortem* em havendo casamento ou união estável, material genético proveniente do falecido cônjuge ou companheiro, manifestação expressa e por escrito do falecido antes de sua morte, condição de viúva da mulher ou companheira, quando da realização da fertilização *in vitro post mortem*.

Com relação à família, na atualidade, conclui-se que sofreu enorme transformação, eis que, não se tem mais uma família estruturada de forma hierarquizada, o que se tem é uma estrutura familiar baseada na igualdade entre os cônjuges, com predomínio do amor e do afeto, o que acaba por direcionar as decisões da família e de seus membros. Com essas transformações, passou-se a valorizar mais cada indivíduo da família, independentemente de sua posição, isso sem relatar que as relações entre pais e filhos sofreram significativas mudanças, dado o fato de que se criaram possibilidades de diálogo entre as gerações, inclusive com expressões e atitudes de afeto mais evidentes.

Quanto a esses importantes fatores de transformação das famílias, percebe-se, que foi reduzida a quantidade de membros que a constituem, eis que

uma família bastante numerosa (avós, tios, pais, filhos, netos), transformou-se, nos últimos tempos, numa família reduzida apenas ao seu núcleo mais direto possível, ou seja, pais e filhos.

Nessa metamorfose familiar, o afeto tornou-se o principal pilar, posto que se criaram vínculos, obrigações e direitos na órbita familiar, especialmente porque as relações fundadas no afeto, que surgem entre as pessoas, tornaram-se dignas de reconhecimento jurídico, particularmente na construção de vínculos como o casamento, a união estável e o parentesco.

A família é resultado da comunhão de afeto, pois qualquer membro familiar que se veja rodeado de carinho, amor, solidariedade, compreensão e sentimento de pertencimento, conseqüentemente terá promovida a sua própria dignidade como ser humano, de modo a se realizar como pessoa, inclusive alcançando ou até mesmo melhorando o seu estado de felicidade.

O art. 226 da Constituição Federal abriu um leque muito grande de hipóteses de entidades familiares, mormente porque normatizou o que se observa no cotidiano da sociedade, reconhecendo que a família é um fato natural, não somente a família oriunda do casamento, mas qualquer outra entidade familiar, em que haja manifestação de afetividade, passa a merecer proteção e reconhecimento estatal.

Quanto à filiação, pode-se concluir que, hoje, não há mais distinção entre filhos de origem diferentes, como filhos biológicos e não biológicos, não sendo mais permitida qualquer diferenciação com intuito discriminatório, razão pela qual (muito embora possa vir a sofrer novas mudanças ao longo dos anos) filiação é um vínculo jurídico entre pais e filhos, advindo tanto de união sexual, quanto de modalidades de fertilização assistida e de adoção.

Assim, a questão da filiação, e até mesmo da família, em face de todo o exposto alhures, deixa claro que a paternidade não mais poderá estabelecer-se com base na questão biológica, uma vez que, por exemplo, a adoção e a própria fertilização *in vitro* alteraram a ordem natural da evolução humana, seja no aspecto da presunção da paternidade e da verdade biológica, seja para o surgimento de novos princípios que construirão uma nova relação “paterno-materno-filial” na forma de verdade afetiva.

Outra conclusão a que se chegou com a presente pesquisa diz respeito ao planejamento familiar, o qual pode ser visto como uma derivação do direito à dignidade humana, uma vez que todo e qualquer ser humano tem o direito de fundar uma família e dentro dessa família, ser-lhe facultado o direito à procriação e de ter filhos por outros meios, que não os naturais.

Ressalte-se que a Conferência Internacional do Cairo, de 1994, e de Pequim, de 1995, tiveram significativa importância para possibilitar a toda e qualquer pessoa o direito de decidir sobre qualquer assunto pertinente ao planejamento familiar, inclusive quanto às técnicas de reprodução artificial. No Brasil, a Constituição Federal foi a primeira normatização do direito ao planejamento familiar, seguida da Lei 9.263/1996 e, posteriormente, do Código Civil, que regulamentou a autodeterminação do planejamento familiar como direito a cada cidadão.

Contudo, observou-se, no presente estudo que, quando se discute planejamento familiar envolvendo a fertilização *in vitro post mortem*, há um contraponto entre o interesse do filho oriundo desta técnica e o direito da continuidade do projeto parental, pois, se, de um lado, existe o direito assegurado constitucionalmente de planejamento familiar, uma vez que parece razoável que a mulher ou até mesmo o homem dê continuidade ao projeto familiar iniciado entre ambos (desde que o falecido (a) em vida assim tenha autorizado) do outro lado, tem-se a possibilidade de não se observar e respeitar os direitos do filho, também assegurados pela Constituição, notadamente o direito à convivência familiar.

Porém, em análise das assertivas lançadas nesta pesquisa, pode-se entender que a técnica de reprodução artificial *post mortem* deve ser aceita, pois não é sensato o fundamento da sua não aceitação residir no fato de que a criança ficará confusa psicologicamente se nascer sem a presença de seu genitor. Ao contrário, as crianças possuem a capacidade de entender a situação, desde que devidamente explicada e exposta, pois muitas crianças perdem seus pais ainda muito cedo, por exemplo, em face de acidentes automobilísticos, e mesmo assim seguem suas vidas.

Ademais, tem-se pelo outro lado da questão que, muitas vezes, era desejo do *de cujus*, antes de morrer, e de sua mulher terem filhos, não podendo proibir que as pessoas, mesmo depois de mortas, não deem continuidade ao projeto parental iniciado ainda em vida. Repita-se, o fato de se ter um pai e uma mãe

presentes, em certos casos, pode ainda não ser suficiente para se concretizar o bem estar físico e psíquico da criança.

Portanto, conclui-se que prevalece o critério da valorização do elemento afetivo e sociológico da filiação, em contrapartida ao interesse do filho, sob a ótica de quem busca a fertilização *in vitro post mortem*, pois o interesse da criança deve ser preservado, mas de forma alguma, isso poderá implicar o não uso das técnicas de procriação artificial e que do resultado de referida técnica não possa vir uma criança a integrar uma família monoparental, até porque a referida modalidade de família, conforme se viu, merece toda proteção jurídica, sem qualquer discriminação a outra forma de constituição do núcleo familiar.

Na sequência dos estudos, para se chegar ao objetivo final da presente tese, analisou-se a questão da personalidade humana, concluindo-se, que ela é um atributo inseparável do homem, que permite individualizá-lo na sociedade e diferenciá-lo de qualquer outro ser humano. Enfatiza-se, que a personalidade humana reflete-se como um bem, o primeiro, inclusive, por que se trata de um direito ou princípio mãe, ao qual se vinculam os direitos à vida, à dignidade humana, à liberdade, à honra, à intimidade, à identidade pessoal, à integridade psicofísica etc, denominando-se de “direitos da personalidade”.

Pode-se perceber que os direitos da personalidade sofrem ressignificação em conformidade com as mudanças da sociedade, acompanhando todo e qualquer fenômeno de “mutação social”. Por isso, alterações e reconstruções de conceitos, quanto aos direitos da personalidade acabam por permitir o alcance de novas formas instrumentais flexíveis e idôneas para abranger as diversidades e, desta maneira, torna-se um conceito plural, compatível com uma sociedade plural, desprovida de aprisionamentos a modelos abstratos e totalizantes.

Assim, os direitos da personalidade devem ser interpretados pela sua enumeração exemplificativa e não taxativa. O seu manuseio deve ser operacionalizado de forma que possa vincular, dentro dos sistemas jurídicos como uma cláusula geral, contida em normativos específicos de cada país, porquanto inúmeros tipos de direitos da personalidade não estão classificados dentro da doutrina nem na legislação, podendo ser citado, como exemplo, o próprio estudo do direito quanto à procriação mediante reprodução humana assistida.

Por fim, quanto aos direitos da personalidade, pode ser percebido, quão importante é compreender seu significado e seu campo de atuação, haja vista que,

para proteção do ser humano e sua própria existência, não há como desconhecê-lo, uma vez que procura tutelar a vida, a honra, a liberdade, a integridade psicofísica de toda e qualquer pessoa, sendo impossível tratar de fertilização *in vitro* sem adentrar nos direitos da personalidade acima mencionados.

Observou-se que a não opção pela teoria Concepcionista para o presente estudo seria a própria desvalorização da “*dimensão biológica do homem*”, pois, “*diante da possibilidade atual de utilização científica de elementos biológicos humanos, o não reconhecimento do nascituro e do embrião criopreservado como sujeitos de direito, e, portanto, pessoa, os colocam ao desabrigo da tutela dos direitos da personalidade*”, o que, por sinal, estaria ferindo, por via reflexa, o Princípio da Dignidade Humana, da própria vida, da liberdade, da honra e até mesmo da integridade psicofísica etc.

Assim, dos estudos feitos para a presente investigação, entende-se que (independente dos embriões estarem criopreservados em laboratório, ou implantados em útero materno) deve vigorar a igualdade material entre eles, não admitindo qualquer distinção entre um embrião que esteja se desenvolvendo no ventre materno daquele que está em uma proveta, pois ambos são seres humanos em desenvolvimento, foram concebidos, podendo vir a nascer e, por tal razão, possuem personalidade natural.

Seguindo o raciocínio já exposto, pode-se concluir que o embrião criopreservado merece toda e qualquer proteção jurídica e, por via de consequência, reconhecimento como pessoa, sujeito de direito, dotado de personalidade, eis que, nele, encontra-se o ponto de partida de qualquer ser humano individualizado e apto a desenvolver-se, e, a partir de sua fertilização/concepção, não se pode esperar nada diferente de um ser humano digno de todas as prerrogativas atinentes à sua espécie.

Conclui-se, ainda que não fosse suficiente o argumento quanto ao início da personalidade, baseado na teoria Concepcionista, tem-se que o reconhecimento de qualquer direito para o concepturo ou embrião *in vitro*, para os casos de utilização *post mortem* inclusive, pode ser sustentado através de outros fundamentos, não tendo como se negar ao concepturo ou embrião criopreservado a sua natureza humana, e que, simplesmente por essa constatação, torna-se impossível não lhe assegurar qualquer proteção jurídica.

Entende-se que, embora não seja adotada a posição clássica e tradicional baseada na proteção aos reconhecidos como “portadores de personalidade” pela teoria acima exposta, o ponto fundamental para proteção dos concepturos e dos embriões criopreservados está unicamente fulcrada no valor e na dignidade da pessoa humana e não mais em parâmetros de ordem jurídica positivada, haja vista que o juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa, mas sob o enfoque da valoração do ser humano em qualquer fase do seu ciclo vital, pois que, a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade humana.

Logo, por todos os ângulos que se observa, não é necessária a atribuição de personalidade ao nascituro ou ao embrião pré-implatatório para assegurar-lhes direitos, uma vez que, simplesmente pelo fato de que os concepturos e embriões humanos fertilizados *in vitro*, ao pertencerem a classe dos seres humanos, por si sós, devem ser tutelados integralmente. Tal proteção fundamenta-se em alicerces principiológicos, atinentes a toda espécie humana e que norteiam a ordem jurídica estabelecida, principalmente porque ali se faz presente também todos os valores e dignidade da pessoa humana.

Para efeitos sucessórios, quanto à fertilização *in vitro post mortem*, antes de mais nada, deve ser ratificado que apenas na modalidade *homóloga* pode-se permitir a referida discussão, conforme fundamentou-se nas primeiras linhas desta conclusão.

Assim, notou-se que, para o direito sucessório, no caso da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, a doutrina divide-se no sentido de conceder e não conceder direitos hereditários. A corrente que nega tal direito está fulcrada apenas num sentido reducionista, literal e gramatical do ordenamento civil, haja vista que apenas reconhece tal direito se ocorrer a concepção antes do momento da morte de um dos genitores ou, ocorrendo depois, desde que a criança nasça no período de 300 dias subsequentes à morte, hipótese esta que enquadra-se na moldura jurídica do inciso II do art. 1597 do Código Civil.

Entretanto, em qualquer outra situação, a referida corrente nega tal direito hereditário do filho proveniente da fertilização *in vitro post mortem*, aduzindo que o

disposto no art. 1.798 é suficientemente claro, pois somente estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão. Portanto, por essa corrente, tal norma regula toda a matéria sucessória, e, assim não há o que se falar em direito hereditário para aquele que não se encontra nascido ou concebido quando da abertura da sucessão.

Aliás, essa corrente que nega tal direito sucessório aos filhos oriundos por fertilização *in vitro* *homóloga* póstuma apresenta como justificativa, a necessidade de se ter uma solução imediata aos casos de sucessão hereditária e que, se admitisse a sucessão ao filho proveniente de fertilização *in vitro*, na modalidade *homóloga* póstuma, a referida sucessão estaria fadada a nunca fixar uma previsão para o número de herdeiros, até mesmo para uma definitiva partilha, trazendo insegurança jurídica aos herdeiros existentes à época da abertura da sucessão, uma vez que, a qualquer momento, poderia surgir um novo herdeiro advindo da utilização de embriões criopreservados.

No sentido contrário ao direito de herança do filho oriundo por fertilização *in vitro* *homóloga post mortem* de seu genitor, foi analisada também a questão da disposição testamentária, por meio dos art. 1.718 do Código Civil, em cuja interpretação dada por essa corrente, pode-se observar que o dispositivo não abrange o ser nascido posteriormente em consequência de criopreservação de gametas do próprio testador, eis que, a lei prevê a designação de filhos de outras pessoas.

Da mesma forma, a referida corrente, ao suscitar o art. 1.799, inciso I, do Código Civil, sustenta que o referido artigo não diz respeito à prole do testador e que, se assim pretendesse o legislador, teria ele pormenorizado, no indigitado inciso, a possibilidade do testador de indicar seus próprios filhos e, se assim não o fez é porque não pretendia, porquanto “*preceitos excepcionais devem restar expressos e sua interpretação deve ser estrita*”. Desse modo, observou que ao direito sucessório do filho proveniente da fertilização *in vitro* *homóloga post mortem* nem por sucessão testamentária poderá herdar.

Em contrapartida à corrente acima, no presente estudo, pode ser observado que vários outros doutrinadores brasileiros são adeptos do direito sucessório ao filho oriundo por fertilização *in vitro* *homóloga post mortem*,

especialmente os adeptos da teoria do início da personalidade a partir da concepção.

Entretanto, antes de apresentar as conclusões desta última vertente, que reconhece direitos hereditários ao filho proveniente da fertilização *in vitro homóloga post mortem*, deve-se abrir um parêntese para outra questão, dado ao fato de que é muito mais fácil tratar, nesta análise, as situações em que existam embriões criopreservados (até porque alguns doutrinadores os igualam aos nascituros) do que as situações onde apenas se tem o material genético do casal armazenado isoladamente, haja vista que, para alguns doutrinadores, material genético armazenado é mera expectativa de vida ou de concepção.

Assim, defende-se, aqui, a ideia de que para efeitos sucessórios e, posteriormente, para efeitos previdenciários do filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem*, não importa de forma alguma, se o que se tem antes da morte do genitor é um embrião criopreservado ou apenas material genético do *de cujus*, pois, nas duas situações, assistem-lhes eventuais direitos, desde que se tenha autorização para uso, uma vez que, no atual Estado Democrático de Direito, inaceitável é pensar em diferenciar filhos em razão de sua origem ou tempo do nascimento, ainda mais em face de que o legislador pátrio por reconhecer os efeitos pessoais da filiação ao pré-embrião, não teria o por que afastar quaisquer outros direitos.

Voltando, então, para a construção teórica que reconhece os direitos sucessórios ao filho oriundo por fertilização *in vitro homóloga post mortem*, conclui-se que ela mesma apresenta como uma das justificativas, mormente sob uma interpretação mais extensiva ao próprio art. 1.597 do Código Civil, que ao filho proveniente da fertilização *in vitro homóloga post mortem* pode ocorrer uma situação semelhante a de “presunção” (rectus, ficção) de sua concepção, na constância do casamento, por via de consequência ao ser interpretado de forma mais harmoniosa com o disposto na regra do art. 1.798 do Código Civil, acaba de possibilitar a utilização da expressão “concebido na constância do casamento” tornando preenchido o requisito para o filho por fertilização *in vitro homóloga post mortem* ter legitimação sucessória. Aliás, se o próprio Código Civil adotou a possibilidade de presunção de filiação aos filhos conforme exposto, não poderia o mesmo

ordenamento jurídico restringir sua aplicação para o reconhecimento dos direitos sucessórios destes mesmos filhos, porquanto seria um contrassenso.

Ademais, inversamente à corrente contrária ao direito de suceder, tem-se que a “suposta segurança no processo sucessório”, a qualquer momento, pode ser “quebrada” em razão dos termos do próprio art. 1.824 do Código Civil que trata da petição de herança, tornando a referida noção da segurança relativa, dado ao fato de que a cada ação de petição de herança, o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a parte do patrimônio deixado pelo falecido.

Pode ser observado que, em se tratando de direito sucessório aos filhos oriundos por fertilização *in vitro* homóloga póstuma, não há como negá-lo, uma vez que, se o Brasil não veda a fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, não pode negar quaisquer efeitos resultantes de tal prática e, muitos menos, prejudicar o fruto dessa técnica. Aliás, não se pode entender que parte do direito aplica-se ao filho proveniente da fertilização *in vitro* homóloga póstuma e outra parte não, pois seria incoerente do ponto de vista jurídico.

No caso em comento, prevalece a interpretação sistemática da lei, especialmente à luz da Lei Magna quanto a equiparidade entre filhos de qualquer origem porque fazer com que um ser humano, em virtude do tempo de seu nascimento e da forma de sua concepção, possa ser privado de algum direito, é algo extremamente injusto e imoral na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito.

Pelos estudos feitos, conclui-se que, pelo fato do sistema jurídico consagrar constitucionalmente a igualdade entre os filhos, não se pode permitir que uma legislação infraconstitucional, como é o caso do Código Civil, não permita direitos ao filho concebido mediante a referida técnica em questão, mesmo que *post mortem*, haja vista que qualquer solução restritiva em desfavor de tais filhos importaria em discriminação atentatória à igualdade com os demais filhos.

Por fim, quanto ao direito sucessório do filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, conclui-se que as próprias teorias do início da personalidade humana em discussão, inclusive a própria teoria Concepcionista, perdem qualquer força, para determinar direitos e deveres aos filhos de referido método, haja vista que, em havendo nascimento de filho de qualquer origem e a qualquer tempo, mesmo após a morte de seu genitor, o que importa para o

ordenamento jurídico, e por via de consequência, o que se deve prevalecer, é a igualdade de direitos entre os filhos, pouco importando em se saber quando se iniciou sua personalidade, razão pela qual, independentemente do ângulo que se observa, devem ser garantidos os direitos sucessórios ao filho proveniente da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*.

Nas últimas hipóteses ventiladas neste estudo, está a questão da pensão previdenciária por morte ao filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*. A situação paradigmática quanto ao direito sucessório permitiu uma análise interpretativa e, conseqüentemente, uma construção jurídica para poder abordar a pensão previdenciária por morte, quanto à aplicação da referida técnica de reprodução humana *post mortem*, uma vez que, conforme dito alhures, até o presente momento não existe qualquer estudo jurídico, nem legislação específica ou qualquer julgado nos tribunais a respeito de tal assunto.

Aliás, o direito previdenciário e os tribunais federais, em situação de omissão legislativa, por meio dos exemplos citados em capítulo anterior, demonstraram claramente que se pode, por meio, de uma construção hermenêutica, fulcrada em princípios constitucionais e de direito previdenciário, com auxílio de uma interpretação mais ampliativa e da aplicabilidade da analogia, superar tais obstáculos. Para melhor esclarecer essa superação quanto à omissão legislativa no direito previdenciário, basta remeter-se ao início do último capítulo, em assuntos como o do salário maternidade concedido para o esposo que perdeu sua esposa no parto e teve que assumir integralmente os cuidados de uma criança recém nascida bem como o reconhecimento da pensão previdenciária por morte ao companheiro sobrevivente de de uma relação homoafetiva com o falecido segurado do INSS e, ainda, a situação do salário maternidade dos casos de mãe substituta.

Portanto, do estudo da disciplina do direito da Seguridade Social, e conseqüentemente, de sua espécie, Previdência Social, pôde-se perceber, que tal espécie de direito visa à proteção social, tendo a mesma como escopo assegurar ao seu segurado, benefícios e serviços quando atingido por uma contingência social.

No que toca à discussão quanto a direitos previdenciários para os nascidos mediante fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, conforme dito alhures, restringem-se apenas a uma possibilidade, qual seja, pensão previdenciária por morte. Trata-se de um benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário comprovar os seguintes requisitos: a) que o falecido possuía qualidade de segurado do INSS na data do óbito; b) a morte, mesmo que presumida; c) dependência econômica (este pressuposto para a segunda e terceira classe (pais e irmãos) .

Outro aspecto observado no presente estudo, quanto ao benefício da pensão previdenciária por morte, de suma importância para a concessão do direito ao filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, refere-se ao fato de que os dependentes podem obter pensão previdenciária por morte, mesmo após a perda de qualidade de segurado do *de cujus*, desde que este, tenha alcançado todos os requisitos à aposentadoria voluntária. Permanece também tal direito quando o segurado, em vida, fazia jus a benefícios por incapacidade, como auxílio-doença ou mesmo auxílio-acidente, uma vez que não é incomum encontrar casos concretos, nos quais, a pretensão legítima do segurado em obter algum destes benefícios lhe é negada, sobrevivendo o óbito.

Estando armazenado o material genético ou embrião criopreservado do segurado da Previdência Social, mesmo que a fertilização *in vitro* tenha ocorrido após sua morte, será possível, ao filho oriundo mediante esta técnica, requerer a concessão do benefício da pensão previdenciária por morte, uma vez preenchida a qualidade de seu genitor como segurado, restando, para tanto, a análise do filho proveniente desta técnica de reprodução humana assistida como dependente.

Quanto à análise de dependente por parte do filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*, percebeu-se (de tudo que fora dito nesta pesquisa, notadamente quanto à construção paradigmática e teórica do direito sucessório, e que pode tranquilamente ser aproveitada para o benefício de pensão previdenciária por morte, em primeiro lugar) que o filho proveniente da referida técnica de reprodução humana assistida *post mortem* é filho como qualquer outro, seja em razão do que dita o Código Civil, nos incisos I e II do art. 1.597, uma vez que possui a paternidade presumida, seja pelo fato de que não mais se permite num sistema jurídico como o brasileiro a diferenciação de filhos em razão de sua origem e do tempo de seu nascimento, ainda mais sendo a técnica utilizada a da modalidade *homóloga*.

Ademais, ao ser interpretado o disposto na regra do art. 1.798 do Código Civil, para efeitos do direito sucessório, percebe-se também a possibilidade de utilização da expressão “concebido na constância do casamento” aos filhos oriundos

por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*. Portanto, se não se justifica a exclusão de direitos sucessórios porque os filhos provenientes da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* são reconhecidos como concebidos na constância do casamento, diferente não é para a pensão previdenciária por morte, inclusive, utilizando-se do mesmo raciocínio acima, já que também se está discutindo direito patrimonial.

Outra assertiva plausível para o reconhecimento do benefício previdenciário para os filhos em comento, parte-se da premissa de que a Previdência Social e sua autarquia INSS não podem negar o direito a pensão previdenciária por morte ao filho engendrado pela técnica de reprodução humana assistida póstuma, sob a assertiva de que ele não estava nascido ou concebido quando do falecimento de seu genitor, pois todos os filhos são iguais, não podendo fazer com que um ser humano, em virtude do tempo de seu nascimento e da forma de sua concepção, possa ser privado de direitos.

Por outro ângulo paradigmático à questão sucessória, observa-se que a pensão previdenciária por morte não pode ser negada sob a assertiva da “*suposta segurança no processo que concedeu benefício de pensão por morte a apenas determinados dependentes*”, haja vista que o referido benefício previdenciário permite a inclusão de dependentes a qualquer tempo, bastando, como se disse, a prova de sua dependência e de que o *de cujus* possuía a qualidade de segurado do INSS no momento do seu óbito.

Oportuno enfatizar que a inscrição do dependente somente ocorre a partir do momento em que ele se habilita perante a Previdência Social. Assim, de posse da qualidade de filho do segurado e apresentada a devida prova perante a Autarquia Previdenciária a qualquer momento, comprovados os requisitos para reconhecimento da pensão previdenciária por morte, esse filho oriundo por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* passa a ter direito ao referido benefício até que complete 21 anos de idade, ou, em caso de invalidez, enquanto permanecer inválido.

Sob o ponto de vista do princípio constitucional da igualdade entre os filhos e da sua não discriminação, consagrado no sistema jurídico, conclui-se que não se pode admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial homóloga *post mortem*. Por isso, tal situação não encontra guarida constitucional; ao contrário, o legislador constitucional

não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete, estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Dessa forma, há mais este forte argumento para ser concedida a pensão previdenciária por morte do filho desta modalidade de reprodução humana assistida.

Outra conclusão é de que o uso das técnicas de reprodução assistida constitui um direito fundamental de qualquer pessoa, decorrente do direito ao planejamento familiar, o que, com efeito, acaba fazendo com que não ocorram quaisquer restrições aos filhos concebidos por meio dessas técnicas e, conseqüentemente, não havendo restrição, desde que preenchidos os requisitos legais, deverá ser concedido o benefício de pensão previdenciária por morte ao filho proveniente da fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*.

Na presente tese pode-se perceber que, além de todas as justificativas apresentadas (em razão do uso paradigmático do estudo feito com relação ao direito sucessório dos filhos oriundos por fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*) existem outras tratativas para justificar tal direito, Cita-se como fundamento o próprio Princípio da Dignidade Humana, que tanto se falou em capítulos anteriores, uma vez que nada mais digno para esse filho oriundo por fertilização *in vitro* que, em certo momento fora planejado e certamente muito desejado por seu falecido genitor, a partir de sua existência, em razão da contingência morte de seu falecido pai, o qual, por ser segurado da Previdência Social, lhe seja reservado pelo menos, por meio de tal benefício de pensão previdenciária por morte a sua manutenção, as suas necessidades mais vitais, a fim de que lhe possa ser garantido no mínimo uma vida digna.

Portanto, com o raciocínio acima, o que se espera, no que tange ao consagrado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é que, por meio da Seguridade Social e da Previdência Social, cada vez mais se possa dar efetividade prática ao referido princípio, já que sem dignidade a qualquer pessoa, não há o que se falar em Nação e nem num Estado Democrático de Direito, não podendo, de forma alguma, a Previdência Social (autarquia que integra a organização da República Federativa e que tem como principal objetivo a proteção social) ter qualquer atitude que importe em desrespeito à dignidade humana de qualquer ser humano, mesmo que ainda em formação.

Em derradeiro, repita-se, a Constituição Federal, centro de todo o sistema jurídico, tem em seus princípios papel de suma importância, servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais, razão pela qual, ao filho oriundo por fertilização *in vitro* *homóloga* póstuma, simplesmente por estar resguardado por esses princípios constitucionais mencionados em toda a presente pesquisa, pela própria instituição família e por tudo que a compõe e, ainda, pela própria concepção do instituto da filiação, seus princípios e características, observa-se que deve prevalecer num Estado Democrático de Direito, direitos iguais para todos, não sendo diferente quanto à pensão previdenciária por morte do filho oriundo por *fertilização in vitro* *homóloga post mortem*.

Encerrando, conclui-se pela defesa de todos os direitos ao filho proveniente da *fertilização in vitro* *homóloga póstuma*, não sendo diferente para o direito de receber a pensão previdenciária por morte, desde que seu genitor tiver a qualidade de segurado da Previdência Social até o instante de sua morte, eis que também se trata de direito patrimonial, inclusive de caráter alimentar que lhe permitirá a sua manutenção de forma digna, ou mesmo para suas necessidades vitais, até que atinja, 21 anos de idade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB

Thompson, 2006. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acesso em: 01/08/2015.

ALLEBRANDT, Débora; MACEDO, Júlia Lopes de. *Fabricando a vida: implicações éticas culturais e sociais do uso de novas tecnologias reprodutivas*. Porto Alegre: Metrópole, 2007.

ALMADA, Ney de Mello. *Manual de direito de família*. São Paulo: Hemeron, 1978.

ALMADA, Ney de Mello, *Direito de Família*, v.1, [s.l.]:Brasiliense, [s.d.].

ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil Comentado: direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima*. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. *Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro*. Revista Scientia Iuris. V. 7/8, 2003/2004. Disponível em:
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105/9819>>. Acesso em: 01/09/2015.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Wesley Souza de. A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano. 2009. Arapiraca, Alagoas, Brasil. Disponível em:
<<http://advocaciawsa.blogspot.com/search?updated-min=2009-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&updated-max=2010-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&max-results=6>>. Acesso em: 18/05/2010.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo*. In: Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Salvador, v. 86, 2007.

ARYA, Divya. *Pressão social faz indianas se tornarem mães aos 70 anos*. BBC. Índia. Publicação em: 30/10/2014. Disponível em:<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141030_india_idosa_ivf_da_c>. Acesso em:18/06/2016.

ASCENSÃO, J. Oliveira. *Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 342, 1998.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A união estável no novo Código Civil*. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 191, 13 jan. 2004. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/4580>>. Acesso em: 14 /07/2015.

_____. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

AZEVEDO, Junqueira de. *Responsabilidade civil dos pais*. In: (coord. Yuseff Said Cahali), Responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2014.

BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação – em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Bioética e discurso científico: que lugar para a lei? Já podemos dispensar o pai?* Rio de Janeiro: DIAG/TJERJ, 2004.

_____. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>>. Acesso em: 18/06/2015.

BARRACHINA, Maria Dolores Vila–Coro. *Introducción a la Biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural*. Disponível em: <www.advocaciabarretto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 22/09/2015.

_____. *Parte Geral*. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Tereza (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. *O Direito ao afeto*. In: Revista Especial Del Rey IBDFAM - Maio 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/S%C3%A9rgio%20Resende%20de%20Barros>>. Acesso em: 19/07/2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais_171109.pdf>. Acesso em: 03/05/2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEIGNER, Bernard. *Le droit de la personnalité*. Paris: Universitaires de France, 1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001.

BOLZAN, Alejandro. *Reprodução assistida e dignidade humana*. São Paulo: Paulinas, 1998.

BONNECASE, Julien. *Traité théorique et pratique de droit civil – Supplément*. Paris: Sirey, 1928.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/07/2015.

_____. *Lei 8.213 (1991) Plano de Benefícios Previdenciários*. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3510. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510.>> Acesso em: 11/03/2015.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAGGY, Milena. *Inseminação artificial post mortem*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/9746/1/inseminacao-artificial-post-mortem/pagina1.html>> Acesso em: 10/05/2012.

CAMARGO, Juliana Fronzel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du Droit Civil*. 4 ed., Paris: A. Pedone, 1929.

CARLOS, Paula Pinhal de; LIEDKE, Mônica Souza; SCHIOCCHET, Taysa; SCHNEIDER, Raquel Belo. *Reprodução assistida: aspectos éticos*. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_aspectos_eticos.htm> Acesso em: 22/02/2015.

CASABONA, Marcial Barreto. *O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (4: 2004: Belo Horizonte, MG). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASAGRANDE, Eunice Dias. *Reprodução assistida: aspectos jurídicos*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-set-30/aspectos_juridicos>. Acesso em: 07/04/20015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 12 ed. rev. ampl. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade*. In: Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 12, n. 2, Maringá, 2012, p. 667-668.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

COELHO, Mônica Gomes; ANDRADE, Lídio Brendo Ramos, C. de. *Inseminação artificial na chegada de um novo ser*. Disponível em: <<http://moniquitanet.blogspot.com.br/2012/04/inseminacao-artificial-na-chegada-de-um.html>> Acesso em: 26/01/2015.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano no que respeita à Aplicação da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>> Acesso em: 13/08/2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 08/03/2015.

CORLETA, Helena von Eye; KALIL, Heloísa Sarmiento Barata. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <www.abcdasaude.com.br/artigo.php?199> data publicação: 01/11/2001. Acesso em: 17/05/2010.

CORTIANO JR., Eroulths. *Direito da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Dissertação – Mestrado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Curitiba, 1993.

COSTA, Divanir José da. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xBXDNJPIBIAJ:www.amlj.com.br/anexos/article/134/Filia%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520jur%25C3%25ADdica,%2520biol%25C3%25B3gica%2520e%2520socioafetiva.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 23/07/2015.

DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. *Material Genético Humano: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização*. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporain (Droit comparé)*. Quatrième édition. Paris: Dalloz, 1971.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra, 1996.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *União Estável*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf> Acesso em: 14/07/2015.

_____. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8985>> Acesso em: 16/07/2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O estado atual do biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ESPINDOLA, José Sebastião. *Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida*. Revista Bioética. 2003. v. 11. nº 02. p. 91-108. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revistabioetica/article/view/182/186>> Acesso em: 23/02/2015.

ESTELLÉS, Pilar. *El comienzo de la vida humana: etica Y derecho. La persona del concebido*. In: *Cuadernos de Bioética*. Valência, 1997/3. Disponível em: <<http://aebioetica.org/revistas/1997/3/31/1122.pdf>> Acesso em: 05/09/2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, nº 17, 2003.

FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elmenti dell'atto giuridico*. Milano: Giuffre, 1941.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma legal, 2000.

FERRARA, Cariotta. *Le successioni per causa de morte*. v. I, Tomo 3. Napoli, 1961.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA, Fábio Alves. *Vivendo sem respirar, morrendo sem chance de nascer*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3544>> Acesso em: 06/04/2015.

FERREIRA, Fernando Prado. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <<http://www.bebedeproveta.net/fiv.htm>> Acesso em: 15/10/2014.

FIÚZA, César Augusto de Castro. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade I (verbete)*, Enciclopedia Saraiva de Direito, v. 28, São Paulo: Saraiva, 1977-1982.

_____. *Instituições de direito civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Manual de direito civil*. v. 1, 2 ed. São Paulo: RT, 1980.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>> Acesso em: 10/05/2012.

FUJITA, Jorge. *Filiação na contemporaneidade*. In: CHINELATO, Silmara Juny de Andrade; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (org.). *O direito de família no terceiro milênio: estudos em homenagem a Álvaro Villaça Azevedo*. Atlas, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr.- jun. 1999.

GARCIA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I*. Parte general. Madrid: Edersa, 1979.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOES, Hugo Medeiros de. *Manual de direito previdenciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideal, 1995.

GUSMÃO, Sady Cabral. Nascimento, *Repertório enciclopédico de direito brasileiro*. v. 34, Rio de Janeiro: Borsoi.

HINTZ, Helena Centeno. *Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. Pensando Famílias*, 3, 2001, Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos,_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf> Acesso em: 12/06/2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Comentários ao Código Civil, Coordenador: Antônio Junqueira Azevedo, São Paulo: Saraiva, v. 20, 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16 ed. rev. ampl e atual. Niterói: Impetus, 2011.

JIMÉNEZ, Diego Fernando Casas; BADILLO, Luis Alberto Díaz; PARRA, Edwin Francisco Mantilla. *Análisis a partir del derecho comparado – normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina - de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia*. Corte Interamericana de Derechos. 12 de Septiembre de 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30819.pdf>> Acesso em: 27/01/2015.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Turismo Reprodutivo preocupa cientistas na Grã-Bretanha*, Disponível em: <http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid211534,0.htm> Acesso em: 27/02/2009.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil positif français*. 3 ed., Paris: Sirey, 1938.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 7 ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm. 2010.

KLEVENHUSEN, Renata Braga. RICCOBENE, Bianca. *Estatuto jurídico do embrião humano e pesquisa com células-tronco embrionárias humanas: aportes críticos aos votos proferidos no julgamento da ADI 3510*. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2009/12/revista-ambito-juridico.html>> 01/10/2009. Acesso em: 17/05/2010.

KOTTOW, Miguel. *Bioética del comienzo de La vida. Cuántas veces comienza la vida humana? Bioética*. v. 9, nº 2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2001.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. 1ª ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf>. Acesso em: 01/04/2013.

LEITÃO, Taís. *Decisão do CNJ sobre casamento homoafetivo é comemorada no Dia Internacional contra a Homofobia*. Agência Brasil. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-17/decisao-do-cnj-sobre-casamento-homoafetivo-e-comemorada-no-dia-internacional-contra-homofobia>>. Acesso em: 13/07/2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade, Bioética e Biodireito. Biotética e Presunção de Paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil)*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?* In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 29, p.121-146, 1996.

_____. *Procriações Artificiais e o Direito. aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. 2014, p. 31-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n1/0103-7331-physis-24-01-00031.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

LENTI, Leonardo. *La procreazione artificiale. genoma della persona e attribuzione della paternita*. Padova: Cedam, 1993.

LEY 14/2006, de 26 de Mayo, *Sobre técnicas de reproducción humana asistida: Artículo 6: “Usuarios de las técnicas*. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>> Acesso em: 13/08/2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das relações de família*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8106-8105-1-PB.doc>> Acesso em: 13/06/2015.

_____. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19/06/2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios da solidariedade familiar*. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, nº 3759, 16 Out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 13/06/2015.

LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana Artificial: Um Desafio Bioético*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1 ed., 7 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAIA, Paulo Carneiro. Nascituro. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, v. 54, 1980.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo I, 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINOTTO, Fernanda. *O STF e a constitucionalidade do artigo 5º da lei de Biossegurança*. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24683>>. Acesso em: 11/03/2015.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Gestação por outrem e determinação da maternidade ("Mãe de Aluguel")*. Curitiba: Gênese, 1998.

MELLO, Patrícia Campos. *Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro*. Folha de São Paulo. Publicação em: 16/10/2015. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>>. Acesso em: 18/06/2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. direito de família*, 37 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. v. 2, 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORI, Maurizio. *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giurídica*. Milano: Giuffré, 1988.

MOURA, Alessandro. *As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional*. Caderno Virtual nº 22. v. 1. 2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/538/380>> Acesso em: 12/08/2015.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. *Recomeçar: família, filhos e desafios* (online). Família Contemporânea. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito comparado, ciência autônoma*. Revista Forense, v.146, p. 24 e ss., reprodução datilografada, p. 8. mar./abr. 1953.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: Boletim do IBDFam. Belo Horizonte, IBDFam, jul./ago. 2005.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PICAZO, Luis Diez; GULLON, Ballesteros. *Sistema de derecho Civil*. v I. Madrid: Tecnos, 1977.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A proteção social na constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>> Acesso em: 30/10/2015.

PINTO. Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

QUEIROGA, Antônio Elias. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. 2 ed. Napoli: Jovene, 1975.

RITSCH, Rebeca. *Santa Casa afirma que fertilizou o primeiro bebê in vitro*. In: O Estado de São Paulo. São Paulo, 30/04/1991.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: lei 10.406, de 10.01.2002*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. *A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=6792>>. Acesso em: 13/07/2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil*. v. 6, 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCHI, Ubaldo. *Della condizione giuridica dei nascituri nel sistema del Diritto italiano*, Enciclopedia giuridica italiana.v. II, parte I, Milano: SEL,1914.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: Universitas S.R.L. 2004.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem*. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007.

SANTOS, Roseli Rêgo. *Direito à identidade pessoal e genética: suas implicações na inseminação artificial heteróloga*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33551-43458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAVATIER, René. *Les personnes. État et capacite, in Traité pratique de Droit Civil Français*. 2 ed. tomo II, Paris: LGDJ, 1952.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed. rev. atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. v. 1. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Michel Clei Farias. CAMPOS, Bruna Christiane Dantas. *Aspectos jurídicos da criopreservação extracorpórea de células embrionárias humanas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 69, 01/10/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6605>. Acesso em: 05/12/2011.

SOUSA, Radindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995.

STEPAN, Yan. *Internacional Survey of Laws on Assisted Procreation*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *O Embrião excedente: o primado do direito à vida e de nascer. Análise do artigo 9º do Projeto de Lei do Senado n.90/99*. In: Revista trimestral de Direito Civil, v. 8, out./dez. 2001, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. *O Embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 46. Curitiba, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 01/07/2015.

_____. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil. Pessoas, cousas, factos jurídicos*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1928.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18/06/2015 e 19/06/2015.

TESTART, Jacques. *O ovo transparente*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: USP, 1995.

TJDF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/setembro/utilizacao-de-material-genetico-criopreservado-depender-de-autorizacao-escrita-do-morto>>. Acesso em: 26/01/2015.

TOBEÑAS, José Castán. *Derecho civil español común y foral*. v. II, Tomo I, 2 ed. Madrid: Reus, 1975.

UEDA, Andréa Silva Rasga. *A dignidade e a solidariedade para com o zigoto (embrião) humano extra-uterino: uma nova aceção de entidade familiar?*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 2, fev. /mar. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

VIANNA, Guaraci de Campos. *O nascituro como sujeito de direitos: início da personalidade civil: proteção penal e civil*. In: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ; Paulo César (coord.). *Ensaio Jurídico* - v. 1. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 2, 2 ed., Tomo I, São Paulo: Resenha Universitária, 1978.

XAVIER, Elton Dias. *A bioética e o conceito de pessoa: a ré-significação jurídica do ser enquanto pessoa*. Bioética. v. 8, nº 2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2000.